

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO – MINTER**

PABLO BORGES RIGO

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO
CULPABILIDADE PENAL: um estudo acerca do alcance normativo do
artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, na aplicação judicial na
dinâmica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes do
magistério doutrinário.**

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA
2012**

PABLO BORGES RIGO

**O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO
CULPABILIDADE PENAL: um estudo acerca do alcance normativo do
artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, na aplicação judicial na
dinâmica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes do
magistério doutrinário.**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à conclusão do Mestrado Interinstitucional em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB / Centro Universitário de Anápolis-
UniEVANGÉLICA.

Orientador Prof. Dr. Luís Carlos Martins
Alves Júnior.

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA
2012**

BANCA EXAMINADORA

PABLO BORGES RIGO

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE PENAL: um estudo acerca do alcance normativo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, na aplicação judicial na dinâmica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes do magistério doutrinário.

PROF. DR. LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.
Orientador

PROF. DRA. ALESSANDRA BRANDÃO MACHADO TEIXEIRA
Examinador

PROF. DR. LUCIANO SANTOS LOPES
Examinador

PROF. DR. FRANCISCO ITAMI CAMPOS
Examinador

Anápolis, 31 de outubro de 2012.

Dedico este trabalho a Fernanda Lemos Fernandes Rigo, Pietro
Fernandes Rigo e Maria Clara Fernandes Rigo, que foram fonte de
inspiração para percorrer esse árduo caminho.

Agradeço primeiramente a Deus por mais essa oportunidade em
minha vida.
Agradeço a minha família, pela força e por acreditar sempre em mim.

Um agradecimento especial a Fernanda Lemos Fernandes Rigo,
esposa dedicada e meu eterno amor.

Agradeço a meus pais, José Rigo e Maria Rufina Borges Rigo pelo
homem que me tornei.

Agradeço aos meus sogros, Natal e Edna, pela amizade e confiança.

Agradeço aos meus cunhados pela amizade, em especial ao Danilo.

Agradeço a todos os professores de minha vida, e principalmente aos
professores do mestrado, que me conscientizaram que há um grande
caminho a percorrer para alcançar meus objetivos de crescimento e
amadurecimento intelectual no campo jurídico.

Agradeço especialmente ao professor Doutor Luís Carlos Martins
Alves Jr, que me ensinou o que é ser uma excelência como professor e
orientador.

Ao professor Doutor Luiz Eduardo Abreu, pelas aulas e pela grande
contribuição na Banca de Qualificação.

Ao professor Doutor Itami, pela dedicação e empenho na busca pela
melhoria do ensino.

Agradeço aos colegas de sala, que em sua grande maioria foram e
continuaram sendo meus queridos professores.

Agradeço, por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram
para a finalização deste trabalho.

“De tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantar-se o poder nas
mãos dos maus, o homem chega a rir-se da honra, desanimar-se da
justiça e ter vergonha de ser honesto”.

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente estudo aborda a temática: O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE PENAL: um estudo acerca do alcance normativo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, na aplicação judicial na dinâmica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes do magistério doutrinário. A proposta tem como objeto analisar o tema sob seu aspecto doutrinário e jurisprudencial. A justificativa desse trabalho é estabelecer um padrão de interpretação e aplicação do princípio a partir de sua constitucionalização em 1988. Para a confecção da dissertação foi utilizada a metodologia compilativa no primeiro e segundo capítulos. A intenção buscada com essa metodologia é trazer, na visão dos autores estudados, como o direito é criado, interpretado e aplicado, e como o princípio da presunção de inocência é analisado dentro do ordenamento. A partir desse prisma, é que será analisado o tema da presente dissertação. Já no terceiro capítulo foi realizada a análise de alguns julgados expostos no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, comentado pela jurisprudência constitucional da suprema corte, com o objetivo de demonstrar o pensamento da corte sob o tema. Buscou-se com tal metodologia ressaltar, principalmente, os argumentos que conduziram os ministros a alcançarem a fundamentação necessária ao posicionamento adotado nos mesmos. Trazendo, dessa forma, a visão que o Supremo Tribunal Federal tem sobre esse assunto, com a finalidade de buscar segurança jurídica nas decisões futuras sobre o tema.

Palavras Chave: Presunção de Inocência. Hermenêutica Jurídica. Direitos Fundamentais. Jurisprudência do STF.

ABSTRACT

This study brings the theme: THE PRINCIPLE OF LEGAL PRESUMPTION OF INNOCENCE OR NOT criminal culpability: a study of the legislative scope of Article 5, section LVII of the Federal Constitution, the judicial application of the dynamic jurisprudence of the Supreme Court, under the lights of doctrinal teaching. The purpose aims to analyze the topic from its doctrinal and jurisprudential aspect. The justification of this research is to establish a standard of interpretation and application of the principle since its constitutionalization in 1988. To prepare the dissertation was used constructive methodology on the first and second chapters. The intent of this methodology is to bring in the view of the authors studied, as the law is created, interpreted and applied, and how the presumption of innocence is analyzed within the law system. From this perspective, is the topic to be argued in this dissertation. The third chapter analysis was performed some judgments based on Article 5, section LVII of the Federal Constitution, commented by the constitutional jurisprudence of the supreme court, with the objective of demonstrating the court's thinking on the topic. We tried to emphasize in this methodology, especially the arguments that led ministers to achieve the necessary explanation to the position adopted for themselves. Bringing through, the view that the Supreme Court has about this issue, using the purpose to search for legal certainty in future decisions about this theme.

Keywords: Presumption of Innocence. Legal Hermeneutics. Fundamental Rights. Decisions by the Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS.....	19
2.1 A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO EROS ROBERTO GRAU.....	19
2.2 A LÓGICA JURÍDICA DE CHAIM PERELMAN.....	26
2.3 A HERMENÊUTICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO CARLOS MAXIMILIANO.....	34
2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA.....	43
2.5 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM HANS KELSEN.....	48
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	53
3.1 OS PRECEDENTES DA SÚMULA VINCULANTE N. 11.....	53
3.1.1 Habeas Corpus n. 71.195.....	54
3.1.2 Habeas Corpus n. 89.429.....	56
3.1.2.1 Voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia.....	56
3.1.2.2 Voto do Ministro Carlos Britto.....	59
3.1.2.3 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.....	60
3.1.3 Habeas Corpus n. 91.952.....	61
3.1.3.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio.....	61
3.1.3.2 Voto do Ministro Menezes Direito.....	64
3.1.3.3 Voto da Ministra Carmén Lúcia.....	65

3.1.3.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	65
3.1.3.5 Voto do Ministro Eros Grau.....	66
3.1.3.6 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	67
3.1.3.7 Voto do Ministro Carlos Britto.....	68
3.1.3.8 Voto do Ministro Cezar Peluso.....	68
3.1.3.9 Voto da Ministra Ellen Gracie.....	70
3.1.3.10 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	70
3.1.4 – Ata de Debates de aprovação da Súmula Vinculante 11	71
3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: HABEAS CORPUS N. 84.078.....	73
3.2.1 Voto do Ministro Relator Eros Grau.....	75
3.2.2 Voto do Ministro Celso de Mello.....	83
3.2.3 Voto do Ministro Carlos Britto.....	88
3.2.4 Voto do Ministro Cezar Peluso.....	90
3.2.5 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	93
3.2.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	94
3.2.7 Voto do Ministro Menezes Direito.....	101
3.2.8 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	102
3.2.9 Voto da Ministra Ellen Gracie.....	104
 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 109
 5 REFERÊNCIAS	 114

1- INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo analisar o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade na jurisprudência constitucional penal do Supremo Tribunal Federal (STF) e no magistério doutrinário. Isto sendo feito sob a perspectiva teórica dos livros: Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito de Eros Roberto Grau (primeira parte); A Lógica Jurídica de Chaim Perelman; Hermenêutica e Aplicação do Direito de Carlos Maximiliano; Direitos Fundamentais de Virgílio Afonso da Silva; e Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (capítulo VIII – A Interpretação).

Assim, o trabalho descansa sua importância no fato de realizar um estudo de julgados que marcaram o posicionamento do STF sobre o tema. Analisando, para tanto, os argumentos e fundamentos expostos pelos Ministros, visando demonstrar, dentro de uma ideia exegética, como estes julgadores utilizam a linguagem jurídica para expressarem suas convicções, e, ainda, à lógica que é empregada para concluí-las.

A finalidade deste estudo é verificar se tais exposições são coerentes dentro de um pressuposto de interpretação e aplicação do direito. Para tanto, será exposta a análise de cada voto dos ministros, em alguns dos julgados selecionados no artigo 5º, inciso LVII¹, da Constituição Federal (CF), comentado pela jurisprudência constitucional da suprema corte brasileira, na tentativa de demonstrar a coerência e coesão com o sistema jurídico atual.

Para a confecção da dissertação foi utilizada a metodologia compilativa bem como a pesquisa de julgados do STF que marcaram o posicionamento sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Assim, foram analisados dois casos determinantes dos contornos de interpretação e aplicação do princípio, a saber: a) Os julgados que originaram a edição da súmula vinculante n.º 11², que regulamenta o uso de algemas; e b) O *habeas corpus*³ 84.078 que analisou pela via indireta a inconstitucionalidade da chamada execução

¹ CF, Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

² STF Súmula Vinculante nº 11 - Uso de Algemas - Restrições - Responsabilidades do Agente e do Estado – Nulidades - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

³ *Habeas corpus*: etimologicamente significando em latim "*Que tenhas o teu corpo*" (a expressão completa é *habeas corpus ad subjiciendum*) é uma garantia constitucional em favor de quem sofre violência ou ameaça de

provisória da pena, declarando inconstitucional o artigo 637⁴, do Código de Processo Penal (CPP).

Desta maneira, foi na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, que se constatou a inserção de tal princípio no ordenamento jurídico pátrio⁵. Apesar de sua inserção no texto constitucional a doutrina trata o tema, ora como tema de direito penal, ora como tema de direito processual penal⁶.

Quanto à expressão presunção de inocência ou não culpabilidade, segundo André Nicolitt (2009, p. 57) “a doutrina contemporânea não faz distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, argumentando que, se não é considerado culpado, só resta ser considerado inocente”⁷. Assim, adotaremos, aqui, as duas expressões, ou seja, princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, por entender que as duas fórmulas são válidas para o objetivo deste trabalho.

A partir do exposto e contextualizando o assunto, delinearemos, aqui, a abrangência da expressão presunção de inocência ou não culpabilidade, os contornos estabelecidos pela doutrina, pela jurisprudência do STF e as questões atinentes ao princípio em tela. Importante frisar, que se buscou nesse trabalho centralizar o debate sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, evitando-se entrar no mérito de outros princípios que tenham relação com ele.

Nessa esteira, pela própria dicção do texto da Constituição Federal de 1988, contida no artigo 5º, inciso LVII, fica evidente que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade tem aplicação restrita a esfera penal. Para demonstrar tal constatação, veja a literalidade do texto: **“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de**

constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, por parte de autoridade legítima. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Habeas_corpus. Acesso em: 26/09/2012

⁴ **Art. 637, CPP** - O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁵ Não obstante ser inserido só em 1988, o princípio em estudo “tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (Gomes, 2008, p. 85).

⁶ Desta forma, a título de exemplificação, no campo penal, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 10-27), Luiz Regis Prado (2002, p. 111-129), não tratam deste princípio como pertencente ao direito penal, já, Damásio Evangelista de Jesus (2005, p.11) e Ney Moura Teles (2004, p.90-91), o colocam como princípio fundamental do direito penal. No campo processual penal, Júlio Fabbrini Mirabete (2003, p. 40-50) e Magalhães Noronha (1995, p.3-7) não o mencionam, já, Fernando Capez (2006, p.44), Tourinho Filho (2005, p.61-62), o tratam como princípio pertencente ao processo penal.

⁷ No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (1998, p. 105).

sentença penal condenatória” (grifos nossos)⁸. Da mesma forma acontece nos documentos internacionais⁹.

Importante ressaltar que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade tem que ser observado desde a elaboração legislativa, passando pelo início da persecução penal – fase de investigação ou preliminar – até o final do processo, ou seja, até o trânsito em julgado, e principalmente quando, em qualquer momento, puder ser decretada uma prisão¹⁰. Cabe, desta forma, ao Estado assegurar a observância de tal postulado¹¹. Nesse passo, quanto a observância do princípio em estudo na fase legislativa, temos, para corroborar o exposto, o seguinte julgado do STF: ADI 3.112¹².

Podemos ainda citar outras hipóteses em que o princípio em tela foi observado: a) impossibilidade de lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado¹³; b) não consideração de inquérito ou processo em andamento como maus-antecedentes¹⁴.

⁸ Corroborando o exposto: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra, 2005. t. I, p. 355-357.

⁹ Segundo Batisti (2009, p. 115), os documentos internacionais também restringem o tema a esfera penal, para tanto cita: “*Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Art. 6º. Direito a um Processo Equitativo: 6.2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção Presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente comprovada; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 1966. Art. 14.2 – Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Art. 8º.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (grifos do autor)*”.

¹⁰ Para Alexandre de Moraes (2006, p. 272 e 273) o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade possui “quatro funções básicas: a) limitação à atividade legislativa; b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; c) critério de tratamento extra-processual em todos os seus aspectos (inocente); e d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador”. Já Fernando Capez (2006, p. 44) traz três aspectos predominantes no princípio do estado de inocência: “a) no momento da instrução processual, com presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo, com à análise da necessidade da prisão processual”.

¹¹ Eugênio Pacceli de Oliveira (2003, p. 23) faz importante constatação quanto aos deveres do Estado: o princípio em voga “impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e de sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”.

¹² **STF, ADI 3112:** “[...] V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (...)”. No mesmo sentido: ADI 3.137, ADI 3.198, ADI 3.263, ADI 3.518, ADI 3.535, ADI 3.586, ADI 3.600, ADI 3.788, ADI 3.814, HC 101.505, HC 104.339, HC 100.742, HC 101.055.

¹³ **STF, HC 69.696:** “O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios. A norma inscrita no art. 408, § 1º, do CPP – que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito

Nos aspectos estabelecidos pela doutrina, podemos visualizar que o objetivo do princípio em estudo é controlar a restrição da liberdade (BATISTI, 2009, p. 134)¹⁵. Nesse passo, o princípio em voga estabelece ao Estado – destinatário passivo¹⁶ – um dever de não agir, ou seja, não restringir a liberdade – ação nuclear do princípio – sem uma condenação com trânsito em julgado. Não obstante tal mandamento há exceções que autorizam o Estado a agir, desde que seja de forma fundamentada e cautelar¹⁷ (BATISTI, 2009, p. 158). Assim, estabelece o STF de acordo com o HC 71.169¹⁸.

Nesse passo, é importante frisar que o estabelecimento do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade não fere a constitucionalidade das prisões provisórias ou cautelares. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em sua maioria, legitimam estas espécies

constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5º, LVII). A expressão legal ‘rol dos culpados’ não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas já definitivamente condenadas." (HC 69.696, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-1992, Plenário, DJ de 1º-10-1993.) No mesmo sentido: HC 72.171, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 22-8-1995, Primeira Turma DJ de 27-10-1995; HC 82.812, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-6-2003, Segunda Turma, DJ de 27-6-2003.

¹⁴ STF, HC 86.186: [...] O simples fato de o réu estar sendo processado por outros crimes e respondendo a outros inquéritos policiais não é suficiente para justificar a manutenção da constringimento cautelar. Precedentes citados: RHC nº 83.493-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Carlos Britto, DJ 13.2.2005; e RHC nº 84.652/RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 23.3.2007.

8. Ordem deferida para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, lavrando-se o competente alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso. No mesmo sentido: RHC 83.493, RHC 84.652, HC 100.091, HC 99.379.

¹⁵ STF, HC 101.909 –[...] A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência [...].

¹⁶ Incumbe também nesse momento inicial analisar quem são os sujeitos destinatários do princípio em voga. Assim, a doutrina divide os destinatários em ativo e passivo. Sendo o primeiro, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 190-192), qualquer pessoa, pois por tratar-se de um direito fundamental a todos deve ser direcionado. Já o segundo, para Batisti (2009, p. 130), é o Estado, pois este é o garantidor e a ele cabe o dever de observância do referido princípio.

¹⁷ A lei 12.403/2011 entrou em vigor e alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, atinentes às prisões cautelares, às medidas cautelares diversas das prisões provisórias, à liberdade provisória com ou sem fiança. Apesar das críticas doutrinárias a referida lei, em nosso sentir, tem-se, aqui, uma medida privilegiadora do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, onde houve por parte do Legislador a observância do postulado já no momento da elaboração legislativa.

¹⁸ STF, HC 71.169. EMENTA: "Habeas corpus". - Com base no disposto no artigo 125, par.1., da Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 79, II, 'a', conferiu aos Tribunais de Alçada competência para processar e julgar, em matéria criminal, os crimes contra o patrimônio, seja qual for a natureza da pena cominada, excetuados os com evento morte. - Inexistência, no caso de excesso de prazo para a prisão cautelar, pois a nulidade da sentença por nulidade na fixação da pena não demanda a reabertura da instrução, e é pacífico o entendimento de que, encerrada a instrução, não há que se falar em excesso de prazo. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do artigo 5. da Constituição Federal. "Habeas corpus" indeferido. No mesmo sentido: HC 68.0373, HC 68.499, RHC 93.123.

de prisões, mesmo elas incidindo sobre o estado de liberdade do indivíduo (MORAES, 2006, p. 273 e 274)¹⁹.

Ainda se identifica que as prisões provisórias só possam subsistir no atual sistema processual se demonstrarem cabalmente o resultado útil ao processo e demonstrarem, assim, como pontos necessários para se efetuar uma prisão cautelar, dois requisitos: a) indícios de cometimento do delito e b) perigo do agente permanecer em liberdade (DUCLERC, 2005, p. 44)²⁰.

Desta forma, o agir de forma cautelar por parte do Estado possibilita a restrição da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória em três hipóteses, a saber: prisão em flagrante²¹; prisão temporária²² e prisão preventiva²³. Para corroborar o exposto, citamos, ainda, os seguintes precedentes do STF: HC 80.719²⁴, HC 85.455²⁵, HC 87.717²⁶.

¹⁹ Em contrário temos a doutrina de Luigi Ferrajoli (2000, p. 555-559) que afasta de maneira veemente qualquer hipótese de segregação cautelar por ser esta hipótese uma violação ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Em seu livro *Direito e Razão*, Ferrajoli (2000, p. 555-559), chega a afirmar que: “Não só o abuso, mas mesmo o uso deste instituto (prisão cautelar) é radicalmente ilegítimo e ademais, idôneo para provocar, como ensina a experiência, o desvanecimento de todas as demais garantias penais e processuais”.

²⁰ Os processualistas penais modernos, tentando estabelecer requisitos próprios para se fundamentar as prisões cautelares, criaram com base nas expressões do processo civil – *fumus boni iuris e periculum in mora*-, as expressões: a) *fumus comissi delicti* e b) *periculum libertatis*. Assim, por exemplo: Aury Lopes Júnior (2003, p. 189) e Delmanto Júnior (1998, p. 66-67).

²¹ Artigos 301 e seguintes do CPP.

²² Lei 7.960/1989 – Lei das Prisões Temporárias.

²³ Artigos 311 e seguintes do CPP.

²⁴ **STF, HC 80.719:** EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL [...]

²⁵ **STF, HC 85.455:** EMENTA: COMPETÊNCIA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS - INTEGRANTE DE TRIBUNAL SUPERIOR - ATO MONOCRÁTICO. Consoante dispõe a alínea i do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus abrange ato de colegiado de tribunal superior e individual dos que o integram. HABEAS CORPUS - ATO IMPUGNÁVEL MEDIANTE RECURSO. O fato de o ato reputado ilegal desafiar recurso não é óbice à impetração de habeas. PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Em face do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime. PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTAÇÃO. O pronunciamento judicial em que implementada a prisão preventiva ou negada a liberdade provisória há de estar individualizado ante o caso concreto e fundamentado, mostrando-se imprópria a alusão genérica aos artigos que a disciplinam. SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA - FUNDAMENTAÇÃO DO ATO. A excepcionalidade que marca a quebra do sigilo bancário exacerba a exigência constitucional de os pronunciamentos judiciais se fazerem suficientemente fundamentados.

²⁶ **STF, HC 87.717:** EMENTA: AÇÃO PENAL. Estelionato. Prisão preventiva. Decreto fundado em necessidade de garantia da ordem pública. Providência tendente a evitar que o réu, já condenado, noutra processo, pelo mesmo crime, cometa novo delito. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Inexistência de dados concretos que indiquem probabilidade da comissão de novo delito. Ofensa, ademais, ao

Não só no tema prisões temos a incidência do princípio em estudo, mas também nas questões sobre provas. Assim, a presunção de inocência ou não culpabilidade tem como um de seus efeitos a garantia de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si. Ademais, como derivação desta garantia também se encontra o direito de ser ouvido. A junção desses direitos, garantias se consagram como corolário lógico da ampla defesa e contraditório (BATISTI, 2009, p. 196)²⁷.

Ainda no campo probatório, apesar de conter uma dimensão política, o princípio em voga também tem uma dimensão lógica. Para Moraes (2006, p. 272): “A presunção de

princípio constitucional da presunção de inocência. HC concedido. Inteligência dos arts. 5º, LVII, da CF, e 312 do CPP. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantia da ordem pública, se baseia no só fato de o réu já ter sido condenado, em primeiro grau, noutro processo, por delito igual ao que lhe é imputado. No mesmo sentido: HC 90.471, HC 91.386, HC 93.712, HC 94.147, HC 94.122, HC 95.009, HC 98.428, HC 99.891, HC 98.233, HC 96.593.

²⁷ **STF, HC 73.338:** EMENTA: [...] - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet. VALIDADE DA EXACERBAÇÃO PENAL, QUANDO ADEQUADAMENTE MOTIVADA PELO PODER JUDICIÁRIO [...]. No mesmo sentido: HC 92.435, HC 95.142.

inocência é uma presunção *juris tantum*²⁸, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa”. Desta feita, o caminho necessário a ser trilhado para se chegar a certeza de um fato é o processo, pois a dúvida não será aceita para sustentar uma condenação. Tal constatação dá sentido à expressão *in dubio pro reo*²⁹ (BATISTI, 2009, p. 204 e 205)³⁰.

Cabe, aqui, estabelecer que o princípio da presunção de inocência não se confunde com o *in dubio pro reo*³¹. Enquanto aquele tem sua incidência durante toda persecução penal, este só é utilizado em situação que gere no juiz, no momento de sua decisão, uma dúvida (NICOLITT, 2009, p. 59)³².

Se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória³³, podemos concluir de forma lógica que deverá ser preservada a imagem daquelas pessoas envolvidas em uma investigação. Não obstante tal constatação, a realidade brasileira é marcada pela exposição desregrada da figura das pessoas envolvidas ou sob suspeita de envolvimento na prática de um crime.

Desta forma, deve haver a preservação da figura do investigado, uma vez que primeiramente ele está resguardado pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade e ainda, essa exposição gera uma sensação social de culpa sobre aquele indivíduo. Sendo ele absolvido ou condenado ao final do processo, a sua imagem estará manchada. Aqui o que se vê é uma incidência de dois direitos, quais sejam, preservação da imagem e direito a informação. Como o processo é um ato pautado pela publicidade, o que se

²⁸ *Juris tantum*: Somente de direito, a admitir prova em contrário. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#J>. Acesso em: 26/09/2012

²⁹ *In dubio pro reo*: A dúvida interpreta-se a favor do acusado. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#I>. Acesso em: 26/09/2012

³⁰ Batisti (2009, p. 205) explica o significado do brocardo *in dubio pro reo*, veja: “O princípio sedimentado no brocardo *in dubio pro reo* quer significar que a carga probatória apresentada num processo de um ilícito penal deve ser firme, de modo a espancar a dúvida. Se for firmemente positiva, pode alicerçar condenação. Em contrário, sendo a carga fraca e que induza assim à dúvida, não pode alicerçar condenação”.

³¹ *In dubio pro reo*, *op. cit.* p.17

³² **STF, HC 89.974**: EMENTA: RECURSO. Especial. Matéria criminal. Interposição contra acórdão denegatório de pedido de habeas corpus. Julgamento pelo Tribunal Superior de Justiça. Empate na votação. Convocação de Ministro de outra Turma para voto de desempate. Inadmissibilidade. Previsão regimental, ademais, de decisão favorável ao réu em sede de habeas corpus. Art. 41-A, § único, da Lei nº 8.038/90. Aplicação analógica ao caso. Presunção constitucional de não culpabilidade. Regra decisória do *in dubio pro reo*. HC concedido para proclamar a decisão favorável ao réu. Precedentes. Inteligência do art. 5º, LVII, da CF. Verificando-se empate no julgamento de recurso interposto pelo réu em habeas corpus, proclama-se-lhe como resultado a decisão mais favorável ao paciente.

³³ **CF, Art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

deve ter em consideração é o limite que deve ser observado pelos veículos de imprensa, para que não haja a violação de direitos fundamentais (BATISTI, 2009, p. 218 e 219)³⁴.

A partir dos pressupostos aqui estabelecidos, buscaremos estabelecer, com base e apoio doutrinário, como se dá a criação, interpretação e aplicação do direito para ao final identificarmos esses contornos, especificamente, nos julgados analisados da suprema corte, quanto ao princípio em estudo.

³⁴ Para Aury Lopes Junior (2009, p. 47 e 48): “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.

2 – HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Busca-se nesse capítulo determinar como se dá a criação, a interpretação e a aplicação do direito. Para tanto a metodologia empregada, aqui, foi a de compilação da ideia de cinco autores que discorrem especificamente sobre o tema. São eles Eros Roberto Grau, Chaim Perelman, Carlos Maximiliano, Virgílio Afonso da Silva e Hans Kelsen.

2.1 – A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO EROS ROBERTO GRAU

Em nosso sentir, Eros Roberto Grau, em seu livro *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, apresenta uma ideia de hermenêutica jurídica que não pode ser dissociada de sua aplicação, sugestivamente identificada no próprio título em análise. Ademais, acrescenta-se que é através da interpretação do direito que se consegue concretizá-lo, notadamente, sendo o juiz o intérprete autêntico responsável por exarar o que ele chama de norma decisão. Assim, a atividade exegetica é constitutiva, levando, sempre, em consideração os textos normativos e a realidade.

Eros Grau (2009, p. 25) começa seu estudo relatando que a exegese jurídica costumeiramente é apresentada como atividade de compreensão de normas, visando alcançar o significado destas. E traz a baila importante trecho que relata como a interpretação do direito vinha sendo realizada:

Daí a afirmação de que somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro. Quando isso não ocorresse, tornando-se fluente a compreensão do pensamento do legislador – o que, contudo, em regra não se daria, dadas a ambiguidade e a imprecisão das palavras e expressões jurídicas –, seria desnecessária a interpretação (GRAU, 2009, p. 25).

Esclarece, então, o autor, uma mudança no modo de operação exegetica, que demonstra a sua visão de como devemos interpretar o Direito, dizendo que não é somente pela ambiguidade ou imprecisão dos textos normativos que realizamos tal mister, mas porque a “interpretação e aplicação são uma só operação”. Assim, a atividade hermenêutica é realizada

para aplicarmos o direito, não sendo esta restringida às normas, alcançando também os fatos aos quais serão aplicadas (GRAU, 2009, P. 26).

Assim o exegeta interpreta as normas jurídicas e os fatos concomitantemente. Desta forma, o desencadeamento fático influenciará na decisão do caso, mas como a atividade hermenêutica, na visão do autor, é também constitutiva, ela levará em consideração a ponderação para a resolução sobre o caso para se chegar à decisão (GRAU, 2009, p. 26).

Antes da distinção entre “normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir dos textos e dos fatos, da norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial” (GRAU, 2009, p. 26), o autor faz um importante esclarecimento do que seja a interpretação de normas, veja:

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas (GRAU, 2009, p. 27).

Desta maneira, entendemos que o autor estabelece que o mister do exegeta, seja ele intérprete dos textos e dos fatos, ou seja ele o intérprete responsável pela decisão do caso, é buscar o entendimento adequado – razoável – da aplicação daquele texto jurídico ao caso. O que se realiza, em verdade, é uma interpretação/aplicação pautada pela plausibilidade fática, em busca da melhor concretização do direito em determinada realidade.

Pautada a ideia de que a norma é fruto da interpretação dos textos jurídicos juntamente com os fatos, o autor faz a diferenciação entre norma jurídica e norma de decisão, deixando claro que esta é delineada por aquela. Assim, aquela tem sua produção direcionada a aplicação em um caso concreto que se realiza através desta na sentença. Fica claro, então, que a norma decisão é definida a partir da norma jurídica (GRAU, 2009, p. 28).

Importante, assim, que fique claro que quem realiza a hermenêutica, buscando a norma jurídica, são todos aqueles que operam o direito, mas apenas ao juiz – chamado por Kelsen de “intérprete autêntico” – será dado o mister de ir além e exarar a norma decisão, concretizando o direito (GRAU, 2009, p. 28).

No avançar da exposição, Eros Grau, buscando apoio nos ensinamentos de Friedrich Müller, estabelece que a relação de interpretação e concretização do direito é de superposição, ou seja, a concretização é uma fase seguinte da tarefa interpretativa que se realiza no momento da tomada de decisão que definirá o caso (MÜLLER *apud* GRAU, 2009, p. 29).

Na sequência o autor ressalta o caráter alográfico do direito. Assim, importante faz-se a exposição desta situação:

Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras – alográficas (música e teatro) – a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra (ORTIGUES *apud* GRAU, 2009, p. 30).

E afirma literalmente que o “o direito é alográfico”. Notadamente, porque a “completude” normativa do texto encontra sua concretude através do trabalho exegético do intérprete (GRAU, 2009, p. 30).

Desta forma, vislumbramos que o autor situa o Direito no campo da arte. E, especifica que o campo artístico alográfico é o que demonstra maior similaridade com o campo jurídico. Tendo em vista que, o texto legislativo, criado pelo seu autor, encontra vazão no trabalho hermenêutico do intérprete criando a norma.

Nessa esteira, Eros Grau (2009, p. 31), inevitavelmente, conclui que a produção normativa tem participação ativa do intérprete. Nesse passo, o intérprete é um produtor da norma. Assim, o enfrentamento dos limites e possibilidades dessa produção é que se estudará adiante.

Frise-se, por oportuno, que o autor não se filia a ideia de que o intérprete é criador da norma, mas que participa do processo de produção. As potencialidades interpretativas já estão naquilo que ele chama de “invólucro do texto normativo”. O que o exegeta faz na verdade, com seu trabalho hermenêutico, é encontrar, diante do caso, a sua razoável aplicação. Para demonstrar claramente o exposto, a frente será figurativamente utilizado pelo autor a metáfora da *Vênus de Milo*³⁵ (GRAU, 2009, p. 32).

Mas antes, para trazer a clareza que se pretende aqui expor, necessário a literal consideração realizada pelo autor, senão vejamos:

Por ora, repitamos: a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade

³⁵ *Vênus de Milo*, disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/V%C3%AAnus_de_Milo. Acesso em: 26/09/2012

– no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados (GRAU, 2009, p. 32). (grifos do autor).

Aqui, ressaltamos o entendimento do autor, no sentido de que participar não é criar, ou seja, interpretar pressupõe uma atividade vinculada às possibilidades textuais. Se assim não fosse, não haveria sentido um sistema autor e intérprete, se este não ficasse adstrito ao trabalho daquele.

Então, valendo-se da metáfora da *Vênus de Milo*³⁶, o autor contextualiza suas explicações através da seguinte análise. Conta ele, que se pegássemos três escultores e pedíssemos que fizessem, cada um, uma estátua da *Vênus de Milo*, teríamos então ao final da produção, três estátuas distintas. Todas seriam *Vênus de Milo*, o mármore utilizado seria o mesmo, mas as estátuas não seriam iguais (GRAU, 2009, p. 33).

Entendemos que o autor quer dizer que a matéria-prima, ou seja, o texto normativo é o mesmo. Já a arte empregada pelos escultores se assemelha a arte emprega pelos exegetas, mas tem seus contornos particularizados por quem interpreta, e a produção – não se trata de criação – da estátua já está definida, será uma *Vênus de Milo*. Assim, as possibilidades de produção ficam estabelecidas de acordo com o texto, a interpretação dada será de acordo com o texto, pois o desenho já está estabelecido.

E conclui, esse trecho de forma brilhante, parafraseando Kelsen, assim, inevitável, a exposição literal do grande expoente:

Vê-se, assim, que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores “produzem” distintas *Vênus de Milo* – “produzem”, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas. Parafraseando Kelsen, afirmo que dizer que uma dessas *Vênus de Milo* é fundada na obra grega não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa – não significa que ela é a *Vênus de Milo*, mas apenas que é **uma** das *Vênus de Milo* que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega (GRAU, 2009, p. 34). (grifos do autor).

Na sequência, passa-se a analisar, na visão do autor, a interpretação sendo igual à aplicação. Importante salientar que pensamos que a interpretação é um caminho necessário para se chegar à aplicação, mas, com o máximo de respeito, não se confundem. Interpretação, assim, é extrair o sentido do texto normativo, o transformando em norma. Depois dessa tarefa, teremos o necessário parâmetro para aplicá-lo. Tratamos, então, a aplicação como etapa de

³⁶ *Vênus de Milo*, op. cit., p. 21

concretização do direito que pode acontecer de forma concomitante ou superposta a interpretação, mas não necessariamente conjunta.

Segundo o autor, interpretação e aplicação se realizam concomitantemente. Sendo que a errônea ideia de dissociação dessas duas etapas se deu em virtude de “uma equivocada operação de subsunção”. Desta forma, ocorreria um processo de superposição entre a interpretação e aplicação. Assim, sendo concomitante, interpretar e aplicar o direito, o trabalho hermenêutico se direciona a uma “produção prática do direito” (GRAU, 2009, p. 35).

Expondo sobre a metáfora de Kelsen, sobre a chamada “moldura da norma”, o autor acrescenta que não se trata apenas de uma moldura do texto, mas, ao mesmo tempo, uma moldura do caso. Sendo necessário, desta forma, ao exegeta, realizar seu mister interpretativo nos moldes do texto e do caso ao mesmo tempo, buscando, assim, uma produção prática do direito (GRAU, 2009, p. 36).

Demonstrando sua preocupação com os fatos, o autor faz uma importante constatação sobre o relator e o relato desses fatos, vez que, nem sempre, os fatos são narrados como aconteceram, mas como quem os presenciou, em sua versão, ou visão, está relatando. Vejamos as palavras do autor:

Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é o nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrevermos a realidade (= nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos) (GRAU, 2009, p. 37).

No avançar do pensamento, o autor, caracteriza a ideia de que a atividade interpretativa do direito é constitutiva e não declaratória. Desta forma, a atividade exegética é fruto de decisões que levaram em consideração, de forma ponderada, os textos jurídicos e a interpretação destes e dos fatos, tudo isso visando a solução do caso concreto, ou seja, a produção de uma norma decisão. Assim, continua o mesmo “interpretar é dar concreção (=concretizar) ao direito” (GRAU, 2009, p. 38).

Afirmativamente, o autor encara o direito como sendo uma prudência, e não uma ciência. E explica:

Daí por que afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o

intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos, um e outro: na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de respostas, mas de existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão (ADOMEIT apud GRAU, 2009, p. 39).

Diante de tal exposição, concordamos com o autor, que o direito é uma prudência. E acrescentamos, que em nosso sentir, ele é uma forma de controle social – pacificação social. Desta forma, não há a possibilidade de não encontrarmos respostas às demandas levadas ao poder judiciário, pois imagine a seguinte situação: um caso concreto levado ao juiz para emanar sua decisão, e o mesmo exara a seguinte decisão: O caso em tela não encontra respaldo no ordenamento jurídico, portanto, deixo de apreciá-lo. Que as partes encontrem a solução para o caso. Além de absurdo, tal posicionamento seria a instauração do caos em nossa sociedade.

Desta forma, o autor diz ser inviável uma só solução que seja correta para se resolver determinado caso. Nem mesmo o juiz Hércules de Dworkin, diz ele, seria capaz de encontrar tal solução, pois, em sua visão, ela simplesmente não existiria (GRAU, 2009, p. 40).

Superada a ideia de subsunção do fato ao texto jurídico analisada em momentos atrás, identifica-se, segundo o autor, que o caminho hermenêutico tem seu início em pressuposições. Significa dizer, partimos de uma pré-compreensão, ou seja, as noções vivenciais do intérprete serão levadas em consideração no momento de realizar seu mister. É o que se depreende da seguinte exposição:

O que neste passo desejo enfatizar, contudo, é o fato de a interpretação consubstanciar uma experiência conflitual do intérprete, de modo tal que a norma de decisão por ele produzida traz bem impressas em si as marcas desse(s) conflitos (s) (GRAU, 2009, p. 41).

Lapidar, assim, a observação de Frosini (apud GRAU, 2009, p. 41 e 42):

a decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política.

Veja que é a decisão judicial que será pautada por todos esses fatores. Esposamos do mesmo entendimento, qual seja, no momento de aplicação ou concretização do direito, o intérprete terá vários fatores o influenciando, que inclusive já são pré-compreendidos, ou

pressupostos, por este. A equalização desses fatores que é o fim almejado pelo verdadeiro hermeneuta.

Assim, em importante constatação, o autor, afirma categoricamente que o direito é interpretado em sua totalidade e não em tiras (GRAU, 2009, p. 44).

Dessa forma o que fica aqui depreendido, em nossa visão, é que os operadores do direito, quando realizam o seu mister, tem que ter uma compreensão da totalidade do sistema, pois só assim chegarão a uma interpretação condizente com a realidade.

Lembra o autor que o nascedouro da norma jurídica –“de todo o direito” – deve sua essência a uma intenção finalística. Dessa forma nascem as normas-objetivo (GRAU, 2009, p. 45). Salutar, então, a transcrição literal desse trecho:

Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo (GRAU, 2009, p. 45).

Não obstante a observância de que o livro trata sobre um discurso sobre a interpretação e não sobre os princípios, o autor, na sequência, sintetiza a sua análise sobre os eles. Assim, estabelece uma crítica veemente sobre o estudo dos princípios e passa a especificar quais seriam os que compõem o sistema jurídico (GRAU, 2009, p. 46).

Identifica, desta feita, como princípios que compõem o direito, em uma visão sistêmica, os princípios explícitos, os implícitos, e os princípios gerais de direito. Os explícitos encontrados na Constituição e nas leis, e os implícitos, como decorrência de um ou mais preceitos constitucionais, legais ou de textos normativos. Já os princípios gerais de direito, que também são tidos como implícitos, são encontrados no direito pressuposto (GRAU, 2009, p. 47).

Partindo para o fim de sua exposição, o autor nega a discricionariedade judicial. Desta forma, transcrevemos:

Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos,

em especial – mas não exclusivamente – pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do direito pressuposto). Ademais, os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo (GRAU, 2009, p. 56).

Encerra, assim, o autor, o seu discurso, sobre aplicação/interpretação do direito, citando a força normativa e a contemporaneidade do direito. Desta feita, o autor conclui que o a força normativa da constituição de Konrad Hesse, é na verdade a força normativa do direito e que o direito é contemporâneo à realidade. Devendo, portanto, ser interpretado/aplicado de acordo com a realidade que o clama (GRAU, 2009, p. 58 e 59).

2.2 - A LÓGICA JURÍDICA DE CHAIM PERELMAN

Entendemos que Chaim Perelman, em seu livro *Lógica Jurídica*, apresenta uma crítica à expressão “lógica jurídica”, pois em seu entendimento há apenas uma lógica formal, inexistindo uma lógica específica para cada campo de atuação. O autor apresenta uma obra que tem por objetivo fazer reflexões sobre a lógica jurídica, analisando o papel do juiz no exercício da jurisdição, no momento em que realiza a interpretação e aplicação da norma.

A lógica jurídica está ligada à ideia que fazemos do direito em termos interpretativos lógicos. Razão por que uma reflexão sobre a evolução do direito pode ser uma preliminar necessária ao exame das técnicas de raciocínio inerentes a esta disciplina que ora se estuda, mas não pode ser considerada parte da lógica que examina as operações intelectuais do jurista. É a ideia que fazemos do direito, com as suas técnicas próprias de raciocínio, lógica material, juízos verdadeiros e corretos. A lógica jurídica é, pois, o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada (PERELMAN, 2004, p. 7).

Para o autor, existem duas espécies de raciocínio: os analíticos, que são aqueles que se utilizam de premissas necessárias para se chegar a conclusões igualmente válidas; e os dialéticos. Estes últimos se utilizam de mecanismos para o convencimento pelo discurso, criticando, argumentando, justificando e defendendo posicionamentos. No raciocínio dialético, o argumento que se justifica pelos seus atos a qualidade atribuída ao agente, sujeito a controvérsias, não foi transformado unicamente por causa de sua forma em um silogismo

analítico, que escapasse a qualquer discussão; ao contrário, a premissa acrescentada, por sua generalidade e rigidez, leva a uma conclusão contraditória, um argumento que não é desprovido de valor quando manejado com prudência (PERELMAN, 2004, p. 4).

Entende o autor, em nosso sentir, que além do fato de que na lógica do direito há sempre um juiz para expressar o que é certo ou errado, sendo esta razão que a difere das outras ciências em que cada um fica com suas próprias razões como válidas; existe ainda a divergência de entendimento dentre os próprios julgadores, gerando desacordos jurisprudenciais. Isto ocorre, segundo ele, porque o julgador analisa a questão baseado em suas convicções pessoais, que pode variar de uma pessoa para pessoa, imprimindo à decisão uma característica individual.

Levando isso em consideração, afirma o autor que “o papel do jurista, nesta perspectiva, seria o de preparar, com suas reflexões e com suas análises, a solução mais justa em cada caso específico” (PERELMAN, 2004, p. 9).

Pensamos que esta solução “justa” parece ser fruto de opiniões apresentadas em decisões, através da autoridade do julgador. E estas autoridades são escalonadas hierarquicamente, onde, havendo conflito de opiniões, prevalece a daqueles que se encontram em posições mais elevadas. Porém isto não quer dizer que a decisão tomada seja a mais justa.

Partilhamos do entendimento de Perelman, no sentido de que a lógica jurídica não se confunde com a lógica propriamente dita. Pois é em consonância ao que se denomina de lógica formal, traduzida nas inferências válidas obtidas graças à sua forma, de modo que a única condição para a verdade da conclusão estaria inserta nas premissas verdadeiras. O problema desse raciocínio está em se reduzir um argumento qualquer a um esquema formalmente válido, conhecido como silogismo rigoroso, que se dá através do raciocínio em questão, denominado de analítico (PERELMAN, 2004, p. 2).

Em contrapartida, o autor discorre acerca dos raciocínios dialéticos, através dos quais ter-se-ia o silogismo, conhecido por entimema – já que são enunciadas todas as premissas, uma vez que se subentende serem estas conhecidas ou aceitas pelo auditório – e aquelas nas quais nos fundamentamos são verossímeis ou plausíveis. Para tal análise, o autor parte do raciocínio dialético, defendido por Aristóteles, como sendo aquele que não se refere a demonstrações científicas, mas a deliberações e controvérsias. Diante dessa observação, o autor assinala que, enquanto para o silogismo analítico a passagem da premissa à conclusão é

obrigatória, para o silogismo entimema, não se tem tal obrigação. Nesse entendimento, insere-se a seguinte questão: seria a função do discurso persuasivo levar a uma decisão? A resposta é negativa, pois tal passagem não é obrigatória diante de todo o exposto. (PERELMAN, 2004, p. 02 e 03)

Tendo que a lógica jurídica é o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada, é num reducionismo desses, que nega todo interesse ao argumento não-coercivo, que nos arriscamos a cair, se consideramos a lógica jurídica a parte da lógica que examina, do ponto de vista formal, as operações intelectuais do jurista (PERELMAN, 2004, p. 04).

Abordando estas questões, e na tentativa de se buscar o entendimento da motivação das decisões judiciais nos tribunais, Perelman faz uma análise da Escola da exegese e das Concepções teleológicas, funcional e sociológica do direito. Onde a escola da exegese foi fundamentada na ideia de que a lei é suficiente para abordar os casos que lhe são subordinados, não deixando ao arbítrio do aplicador sua criação, salvo em raríssimas exceções. A separação dos poderes existe justamente para que, ao poder legislativo caiba a elaboração da norma e ao judiciário, sua aplicação, não elaborando este último, o direito (PERELMAN, 2004, p. 50-52).

O julgador, de acordo com o discurso da escola exegetica, deve em seus julgados exprimir a vontade demonstrada pela lei. Trata-se de uma vontade presumida, independente das consequências advindas de seu julgamento, onde a justiça e a injustiça não é o fator mais relevante de sua decisão (PERELMAN, 2004, p. 53).

É uma análise positivista e legalista em que o juiz apenas diz o direito, não o cria. Isto acontece para que não gere corrupção do direito, que não fica a benefício de homens, mas sob a ótica da instituição. Assim:

“o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme a lei, sem ter que preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades.” (PERELMAN, 2004, p. 54).

É obvio que em alguns poucos casos poderia acontecer a lacuna da lei onde o juiz deveria, de qualquer modo, apresentar uma solução, pois não pode recusar julgamento sob a

alegação de silêncio da lei, devendo preenchê-la, de forma motivada. A motivação das decisões é importante para que seja evitada a arbitrariedade, garantindo-se assim a imparcialidade. “Na ausência de uma regra expressa, o juiz deverá inspirar-se no espírito do direito, ou seja, nos valores e nas técnicas que outros textos protegem ou utilizam” (PERELMAN, 2004, p. 64).

A nosso ver, observando as concepções do direito: teleológica, funcional e sociológica verifica-se que o ordenamento jurídico não é fechado, onde as regras abrangem todos os casos possíveis. E sendo assim, o juiz não tem ao seu dispor uma resposta clara para todos os casos que lhe são apresentados. Ele deverá buscar no texto o seu significado, a vontade do legislador, o espírito da lei, senão vejamos:

O papel do juiz será invocar o argumento histórico e a presunção de continuidade que este implica, o que conduz a uma concepção estática da interpretação judiciária, ou ele poderá adaptar o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação nova e que, diante de uma lacuna da lei, ele deve decidir ‘conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador’. (PERELMAN, 2004, p. 81).

A partir destas afirmações é possível refletir sobre até que ponto cabe ao juiz adaptar as leis para uma adequação social. Pode o julgador esperar por toda uma vida uma manifestação do legislativo? Ou deverá o juiz buscar outros critérios para a solução dos conflitos, visando à atualização das normas? Desse modo:

quando a situação jurídica tornar-se insuportável, e a reforma via legislativa afigurar-se muito difícil [...] acontece-lhe, para remediá-la, recorrer a mecanismos especificamente jurídicos como o recurso às presunções jurisprudenciais.” (PERELMAN, 2004, p. 83).

Acreditamos que a exposição Perelmaniana é a de que se nos ativermos, não à letra do regulamento, mas a seu espírito, à intenção que presidiu sua adoção, o desejo de salvaguardar a tranquilidade e a segurança em um lugar onde as crianças e os passeantes não sejam incomodados ou ameaçados por veículos, concebe-se que, quando está em jogo um valor mais importante, quando se trata de salvar uma vida, de tratar de um acidentado, de permitir que o serviço de limpeza cumpra sua função, considere-se e admita-se facilmente uma exceção à letra do regulamento. O regulamento, tal como é formulado, não prevê nenhuma exceção. Mas não se pode excluir a possibilidade de um caso de força maior, de situações especiais em que se admitiria uma exceção.

Assim, o papel da doutrina já não se restringirá a determinar exatamente o sentido dos termos empregados, mas será antes uma investigação teórica da intenção que presidiu à elaboração da lei, tal como se manifestou nos trabalhos preparatórios.

No que pertine às argumentações opostas, as razões para as mesmas estão justificadas, a princípio, nos diálogos platônicos, tendo estas por objetivos colocar o adversário em má situação, excluir certos argumentos, eliminar, já que despropositadas, certas soluções preconizadas, entretanto, sem impor uma única solução impositiva – por isso, tal raciocínio não é coercível; e ainda, inserir o problema controvertido numa tradição e evidenciar a similitude do caso a ser julgado com uma decisão já aceita ou subsumi-lo (PERELMAN, 2004, p. 47).

É nesse último ponto em que se dá o debate acerca do discurso produzido nos tribunais pátrios, em específico, do STF. Para o autor:

Muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender da determinação de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia (PERELMAN, 2004, p. 47).

Assim sendo, o embate em torno do tema dá-se quando não se está óbvia a passagem da descrição dos fatos para a qualificação jurídica, exigindo para tanto, o uso da interpretação para o caso objeto da lide, que ficará a intento, em específico, do juiz. Porém, vale ressaltar que o juiz não é um historiador, não sendo seu papel descobrir o que se deu quando da discussão e votação de uma lei. Mas, deve, sim, buscar a interpretação mais razoável, a melhor solução ao caso particular (PERELMAN, 2004, p.52).

A questão volta-se, então, para os critérios norteadores da interpretação mais razoável, haja vista que a obrigação de se preencher lacunas da lei concede ao juiz a faculdade de elaborar normas. Mas, onde encontrar garantias de imparcialidade no uso desse poder? (PERELMAN, 2004, p. 63).

Vislumbramos que a atitude mais estável a se tomar nestes casos de conflito ou ausência de normas seria a alteração do texto legal. Mas para que isto ocorra pode demorar muito, no entanto, os tribunais podem dar um fim ao problema, reinterpretando os textos legais que estão em vigor.

O autor na sequência, realizou-se uma análise do raciocínio judiciário depois de 1945, com uma crítica ao positivismo jurídico e seus aspectos sucessivos. Este tem como fundamento a oposição às regras do direito natural, eliminando os valores e ideais de justiça, moral, política e ideologia. Surge então um posicionamento contrário ao positivista em que o juiz deverá, ao proferir um julgamento, avaliar se este lhe parece reto, sendo que o tribunal não poderia modificar uma sentença que, mesmo não estando devidamente motivada, for considerada justa (PERELMAN, 2004, p. 96).

Só que estes aspectos de valores, justiça, moral, equidade são abstratos e subjetivos. E neste caso, pergunta Perelman:

Terá o juiz a liberdade de dar a conhecer, a propósito disso, sua apreciação subjetiva do justo e do injusto, seja qual for sua fonte de inspiração, e motivar sua decisão com considerações morais, políticas ou religiosas, para desempenhar de modo satisfatório a missão que lhe foi confiada? Poderá ignorar a lei e pretender, mesmo assim, que está cumprindo sua missão de dizer o direito? (PERELMAN, 2004, p. 96).

Em nossa visão, há que se observar que o direito não pode desapreciar a segurança jurídica, e as decisões subjetivas, voltadas a ideias de valor e justiça, pois isso poderá estar, de alguma maneira, ligada à arbitrariedade. As partes em um processo pleiteiam razões diversas, e uma delas terá uma resposta jurisdicional contrária aos seus ideais de justiça. Então, se uma das partes recebeu uma porção de justiça e a outra não, pode-se afirmar que a decisão judicial foi justa? Para quem?

Este posicionamento, de acordo com Perelman leva em consideração a argumentação e a observação do raciocínio:

[...] embora constituam uma reação contra o positivismo jurídico, não se fundamentam numa ideologia prévia, ou numa teoria qualquer de direito natural, mas resultam de uma análise do raciocínio judiciário, de uma reflexão de ordem essencialmente metodológica (PERELMAN, 2004, p. 113).

Logo, verifica-se, na exposição do autor, pelos assuntos apresentados, que nenhuma regra de direito, da mesma maneira que nenhuma norma de valor, pode ser considerada absoluta, havendo sempre um momento em que terão que ser agrupadas para que seja possível uma resposta aceitável. Nestes casos devem existir argumentos capazes de convencer que a decisão proferida foi satisfatória.

O autor aborda a lógica jurídica e a nova retórica na segunda parte da obra onde menciona que os juízos de valor apresentados pelo julgador quando da decisão de um litígio

fazem parte do processo de aplicação da lei. Neste aspecto importante analisar se este juízo de valor é realizado com algum tipo de lógica. Em relação às decisões legalistas é possível identificar uma lógica baseada nas experiências e demonstrações. Agora, para as decisões baseadas na valoração do direito existe uma dúvida se é possível localizar um método racional para justificá-las (PERELMAN, 2004, p.141).

Observa-se, então, que nas questões que envolvem juízos de valor não há como verificar uma lógica específica, porém nestas teses em que há divergências de opiniões utiliza-se das técnicas de argumentação. A nova retórica, instrumento de razão prática, tem por objeto “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento” (PERELMAN, 2004, P. 141).

Sendo assim, pensamos que para diferenciar a retórica da lógica formal e das ciências positivas, é importante analisar que a retórica procura persuadir por intermédio do discurso, demonstrando as relações da lógica formal com a retórica. Neste caso, observa-se que uma palavra pode ser avaliada em diversos sentidos, sendo que há problemas que a lógica formal é incapaz de resolver, e a solução irá depender da retórica. Ainda, constata-se que a adesão a uma tese pode ter intensidade variável quando se aborda valores; “quando se trata de aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, pois nunca se sabe com qual tese ou valor ela poderia entrar em competição” (PERELMAN, 2004, p. 143).

Examina-se, por fim, que a retórica diz respeito mais à adesão do que à verdade. Observando este aspecto, a nova retórica é considerada como “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”. Já a argumentação não tem por objetivo a adesão de uma tese por ser a mais verdadeira, pois pode-se preferir uma tese por ser mais equitativa, razoável, útil ou adaptada ao caso. Aquele que argumenta querendo possuir certa influência sobre o auditório deve fazer escolhas em relação às questões apresentadas e a maneira de formulá-las (PERELMAN, 2004, p. 154).

Na linha destes argumentos, é importante estabelecer as contradições e a partir deles apresentar discursos opostos. E estes argumentos devem estar concatenados entre si, fazendo com que cada parte tenha sentido em relação ao todo. Assim, sobre os argumentos jurídicos, ressalte-se que o juiz quando da solução de uma lide que lhe foi apresentada deverá motivar sua decisão, apresentando a justificativa do dispositivo por ele adotado. Além disto, é

importante destacar que sua decisão deve ser útil, equitativa e oportuna (PERELMAN, 2004, p. 206).

No âmbito jurídico, não se deve observar apenas o raciocínio jurídico do juiz. O advogado, por outro lado, apresenta na lide as pretensões da parte que ele representa. E a ele cabe utilizar de todos os critérios da profissão para argumentar a tese que defende. Assim, de acordo com Perelman, utilizando-se dos princípios da ética profissional:

O papel do advogado é fazer o tribunal ou o júri admitir a tese que está encarregado de defender. Para consegui-lo, adaptará sua argumentação ao auditório, do qual depende o desfecho do processo, que lhe é imposto (PERELMAN, 2004, p. 217).

As pretensões apresentadas pelas partes em um processo evidenciam prioridades existentes, sendo que cada uma das partes devem evidenciar que a tese por ela defendida refere-se à melhor possibilidade exigida para cada parte. Desta forma, cada caso colocado à disposição da justiça é diferente dos demais. E o entendimento que se tem dessas questões pode variar conforme a realidade social para a qual o direito será aplicado e nos permite, e continua:

[...] chegar a conclusões mais gerais concernentes à evolução do direito, para a qual colaboram, de modo mais variável, conforme os casos, a legislação e a jurisprudência, sob a influência de uma reflexão orientada pela doutrina, que busca adaptar as situações jurídicas, sem transtorná-las, ao senso de equidade, tal como é sentido pelos membros de uma sociedade (PERELMAN, 2004, p. 236).

Assim, para que se apresente uma resposta à pretensão apresentada em juízo, o juiz deverá, ou aplicar o direito conforme exatamente aquilo que se encontra previsto na lei ou, então, verificando que nem todo o direito se encontra nos textos da lei, aplicá-lo conforme determina as regras da equidade (PERELMAN, 2004, p. 236).

Nessa esteira, em nosso sentir, concluindo o raciocínio desenvolvido pelo autor, considerando o direito como uma técnica de proteção simultânea de diversos valores, às vezes incompatíveis entre si, a lógica jurídica apresenta-se, essencialmente, como uma forma de argumentação destinada a motivar as decisões de justiça, para que possam usufruir de um consenso das partes, das instâncias judiciárias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida. Se a solução tomada pelo Tribunal, ao hierarquizar e ordenar valores conflitantes, não parecer aceitável ela será, conforme o caso, reformada ou cassada. É desta forma que a administração da justiça em um Estado Democrático resulta de uma constante confrontação

de valores que implica um diálogo permanente entre o poder judiciário, o poder legislativo e a opinião pública.

2.3 – A HERMENÊUTICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO CARLOS MAXIMILIANO

Pensamos que Carlos Maximiliano em seu livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito* apresenta uma ideia de interpretação do direito, em que, primeiramente, analisa-se o texto para verificar sua constitucionalidade, em segundo, passa-se à interpretação do texto para descobrir seu sentido e alcance. Após, procura-se suprir eventuais lacunas com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito. Por fim, verifica-se se ocorreu eventual ab-rogação, ou derrogação de preceitos. Para tanto, o intérprete tem que se valer de métodos interpretativos, de todos eles para garantir esse mister. A finalidade de tal atividade exegética é extrair um resultado interpretativo que não se afaste da letra expressa da lei, mas que conduza a uma razoável solução ao caso concreto.

Nesse sentido, em seu estudo sobre interpretação e aplicação do direito, Carlos Maximiliano começa afirmando que leis positivas são formuladas sem detalhar cada situação possível a ser coberta, mas em termos gerais, através da consolidação de princípios. Segundo ele, antes de passar à análise de casos concretos, deve o intérprete ou o aplicador do direito “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva (...), logo depois, o seu respectivo alcance, a sua extensão” (MAXIMILIANO, 1998, p. 1). Assim, a interpretação de uma norma é nada menos do que extrair dela tudo que o que contém, especificando o seu sentido e alcance de suas expressões de Direito.

Corroboramos o entendimento do autor, já que ao intérprete cabe verificar a relação entre a abstração do texto – ou suas possibilidades interpretativas – e a realidade do caso concreto, bem como entre o sistema jurídico e o fato social, de modo que não se incorra em erro jurídico, falacioso ou aberrante.

Ainda, ressaltamos que para o autor, “não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos” (MAXIMILIANO, 1998, p. 5), sendo também necessário reunir seus regramentos num encadeamento lógico-harmônico. E para que se atinja

tal meta é necessário “examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quaestio juris*³⁷, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quaestio facti*³⁸); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço” (MAXIMILIANO, 1998, p. 8).

Prossegue o citado autor afirmando que a aplicação de um certo preceito jurídico ao caso concreto demanda os seguintes passos:

[...] é necessário primeiramente realizar uma análise crítica do texto normativo, a fim de se verificar sua autenticidade e sua constitucionalidade; na sequência passa-se à interpretação do texto para se descobrir seu sentido e alcance; após, procura-se suprir eventuais lacunas com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; e ao final, verifica-se se ocorreu eventual ab-rogação, ou derrogação de preceitos (MAXIMILIANO, 1998, p. 8).

Assim, entendemos que não basta ao intérprete e/ou ao aplicador de normas elaborar um silogismo, devendo ainda atuar ativa e criticamente na elucidação do texto normativo, dada a importância fundamental dessa função. Não é demais afirmar, portanto, que uma descuidada interpretação, apartada de métodos hermenêuticos adequados, afastada de princípios de direito e de uma responsável análise crítica, fora dos limites exclusivos do texto legal, certamente levará à produção de distorções jurídicas, quase sempre com reflexos nocivos na vida social.

Segundo leciona Carlos Maximiliano, *in verbis*³⁹:

“interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. (MAXIMILIANO, 1998, p. 9)

Para ele, em nossa opinião, não basta ao intérprete clarear a menção do texto normativo, mas deverá também revelar-lhe o sentido próprio da realidade do caso concreto, de forma a ser aplicado aos fatos, de forma a atingir uma solução adequada para o caso. Podemos dizer, assim, que uma interpretação de texto legal mediante apego exagerado à literalidade da escrita torna o jurista um mero técnico especializado em aplicar o texto legal a cada situação concreta, apresentando soluções divorciadas da realidade e sem observância da função do

³⁷ *Quaestio juris* - Questão de direito. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#Q>. Acesso em: 26/09/2012.

³⁸ *Quaestio facti*: Questão de fato. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#Q>. Acesso em: 26/09/2012.

³⁹ *In verbis*: Nas palavras, nestes termos, textualmente. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#I>. Acesso em: 26/09/2012.

direito em regular tais fatos. Defendemos, aqui, então, uma ideia de afastamento de uma interpretação apenas de subsunção norma-fato.

Quando tratou das características do hermeneuta, Carlos Maximiliano ressaltou que este precisa interpretar os fatos mediante raciocínio, lógica, discernimento, bom senso, sabedoria e experiência, devendo:

possuir um intelecto respeitoso da lei, porém ao mesmo tempo inclinado a quebrar-lhe a rigidez lógica, estar apto a apreender os interesses individuais, porém, conciliando-os com o interesse social, que é superior e ser capaz de reunir em uma síntese considerações variadíssimas e manter-se no difícil meio termo – nem rastejar pelo solo, nem voar em vertiginosa altura (MAXIMILIANO, 1998, p. 100/101).

Muito além da utilização da lógica, deverá o intérprete e aplicador do direito, para atingir o ideal de justiça, “compreender bem os fatos e ser inspirado pelo nobre interesse pelos destinos humanos”; compartilhando dos sofrimentos e aspirações das partes, solidarizando-se no social com o que se lhe é apresentado (MAXIMILIANO, 1998, p. 101).

Isto significa, em nossa opinião, que ao jurista cabe extrair dos textos normativos, normas jurídicas compatíveis com os resultados interpretativos possíveis, mediante as razões de sua existência. Vale dizer, o jurista deve extrair do texto legal normas jurídicas compatíveis com os princípios nele implícitos, buscando sempre as soluções fazendo um paralelo entre o problema examinado e os problemas que reclamaram a existência da norma jurídica interpretada. Obviamente, não poderá o intérprete fazer uma releitura de enunciados distanciando-se do texto normativo, sob pena de adentrar a seara do direito interpretado de forma livre, situação está que é rejeitada e temida em nosso ordenamento jurídico e quebra a lógica: autor, intérprete e/ou aplicador.

Passa-se a análise da vontade do legislador e a vontade da lei. Para nós, a ideia aqui suscitada parte da premissa de que em nosso processo interpretativo, muitas vezes se chega a conclusões que refletem a vontade do legislador ou que diferem desta, seja ampliando-a, seja restringindo-a. Isso decorre da própria mudança da realidade. Resta saber, então, se ao intérprete é permitido buscar necessariamente a vontade do legislador ou se poderá também considerar solução diversa dessa vontade, mas que melhor se adéqua às realidades sociais.

Para Carlos Maximiliano as normas surgem não da intenção do legislador, mas do ambiente social, procurando reproduzir nos textos legais o que efetivamente existe na sociedade, explicando que “o indivíduo que legisla é mais ator do que autor; traduz apenas o

pensar e o sentir alheios, reflexamente às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre” (MAXIMILIANO, 1998, p. 20). Segundo esse autor o legislador, em vez de criar, revela o direito que já existe em sociedade. Assim sendo, transporta para a norma jurídica o direito já presente na coletividade, em sua consciência jurídica.

Segundo o autor, não há como admitir que um legislador expressasse uma vontade originária atual tanto no momento de sua elaboração quanto em um momento posterior, posto que a atualização do texto normativo seria obra constante do intérprete, adaptando-o às situações presentes no momento de sua aplicação. Isso faz com que a vontade atualizada da lei não se confunde necessariamente com a vontade do legislador ou com a vontade pretérita da lei (MAXIMILIANO, 1998, p. 26-30).

Conclui-se, em nosso sentir, que o apego irrestrito à vontade do legislador impede a admissão de novas interpretações do texto normativo, mais adequadas à inconstante realidade social. Da mesma forma o seu total desprezo pode ocasionar dificuldades ao intérprete ao investigar os passos iniciais do processo interpretativo, obscurecendo, por vezes, os princípios norteadores que permeiam a norma cuja extração dos textos legais se pretende.

Não há, ainda, em nossa opinião, como deixar de abordar a razoabilidade ou proporcionalidade na interpretação de textos legais. É que o aplicador do direito, não raro, lida com situações de desrespeito aos direitos civis que ainda não estão reguladas. Nessas ocasiões seria injusto aguardar o surgimento de novas leis que regulem tais problemas sociais latentes, devendo o intérprete e/ou o aplicador do direito adotar uma das possíveis interpretações dos textos legais existentes em busca de solução que melhor atenda ao bem comum, isto é, a solução mais razoável.

A ideia do estabelecimento de uma metodologia própria de interpretação é que será desenvolvida doravante – são os métodos interpretativos. Assim, busca-se dentro desse sistema autor, intérprete e/ou aplicador extrair normas do texto jurídico através dos métodos interpretativos que se seguem.

Acerca do método gramatical de interpretação assim nos ensina Carlos Maximiliano:

A interpretação é uma só; não se fraciona; exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros: o gramatical, ou melhor, filológico; e o lógico, subdividido este, por sua vez em lógico propriamente dito, e social, ou sociológico” (MAXIMILIANO, 1998, p. 106).

Para o citado doutrinador, “a diferença entre os dois principais elementos, ou processos, consiste em que um só se preocupa com **a letra** do dispositivo; o outro com o espírito da norma em apreço” (MAXIMILIANO, 1998, p. 106) (grifo do autor).

Aqui, vale uma ressalva, que, em nossa opinião, a atividade do intérprete não é a de subsunção do texto jurídico ao caso – reprodutor de lei –, mas sim a de ser um aplicador do direito, ou seja, a ideia, aqui, é a de que busca de solução mais adequada ao caso, dentro dos limites interpretativos possíveis, e ressaltamos, plausíveis, ao clamor da realidade.

Maximiliano descreve detalhadamente o que seria necessário ao método gramatical:

- 1) Conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática;
- 2) Informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas;
- 3) Notícia completa do assunto de que se trata, inclusive história respectiva;
- 4) Certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes” (MAXIMILIANO, 1998, p. 107).

Partilhamos do entendimento retro, concordando ainda com a máxima de que “age em fraude à lei aquele que, ressalvadas as palavras da mesma, desatende ao seu espírito” (MAXIMILIANO, 1998, p. 123). Isto é, o jurista não poderá se furtar à realidade, permanecendo sempre atento a ela e às necessidades renovadas e reclamadas diariamente pela coexistência humana (MAXIMILIANO, 1998, p. 126).

Vislumbramos, assim, que a realidade social deve ser sempre submetida atividade exegética do intérprete e/ou aplicador da lei. Isto sendo feito em função das exigências do bem comum, até porque assim determina o art. 5º da LINDB⁴⁰ (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro) que recentemente teve seu nome alterado, coadunando-se melhor com sua natureza de leis de introdução às normas do Direito Brasileiro, e não apenas ao Código Civil (CC).

Na sequência analisaremos o método sistemático, que consiste “em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, de modo que “por umas normas se conhece o espírito das outras” (MAXIMILIANO, 1998, p. 128).

⁴⁰ **Art. 5º, LINDB** - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Conciliar palavras antecedentes com as consequentes é dever do intérprete, tanto quanto extrair dos enunciados normativos o sentido de cada um. Com efeito, as normas decorrentes dos textos legais, assim como em um organismo, harmonizam-se entre si, atuando conjunta e ordenadamente, ainda que autônomas. Daí a dificuldade em compreender bem um determinado elemento sem conhecer os demais ou sem cotejar um significado normativo com a totalidade do sistema jurídico, já que “o processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes” (MAXIMILIANO, 1998, p. 128).

Adverte, ainda, Carlos Maximiliano, que “a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida”. É preciso examinar a norma na íntegra e não em partes. “Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos jurídicos análogos; fora é, também, afinal, por tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor” (MAXIMILIANO, 1998, p. 130).

Ainda, é preciso ressaltar que pensamos que na interpretação jurídica realizada por meio do método sistemático deve ser considerada a Constituição como norma suprema, ou seja, hierarquicamente superior às demais dentro do ordenamento. O que, de consequência se depreende, é que a atividade interpretativa sistemática analisa todas as normas em busca da solução adequada ao caso em epígrafe. Sem se esquecer, que neste método a um uso frequente dos princípios de direito.

A necessidade de uma análise do direito através do aspecto histórico-evolutivo de um povo decorre do relacionamento entre uma ciência e a vida do homem que vive em sociedade, exigindo indispensável preparo propedêutico do intérprete do direito, surge, aqui, o método histórico-evolutivo (MAXIMILIANO, 1998, p. 137).

Neste tocante, Carlos Maximiliano ensina que, relativamente ao momento histórico, há dois extremos que o hermeneuta deve evitar: “o excessivo apreço e o completo repúdio” (MAXIMILIANO, 1998, p. 137). Isto porque a verdade jurídica é dinâmica, modificando-se dia a dia, e nem sempre a verdade antiga reflete a verdade presente. Na ocorrência de mudanças significativas distanciadas das raízes do direito, que é dinâmico, em constante processo de atualização e adaptação, podemos afirmar que a análise do passado apenas teria valor no sentido de evidenciar alterações ocorridas no correr do tempo em relação a determinado assunto.

Não há razão, contudo, para repudiar o passado, o que implicaria em abandonar a tradição compatível para adotar excesso de modernidade das normas vigentes, ocasionando a introdução forçada, nos textos normativos, de um sentido que estranho aos mesmos. De conseguinte, ter-se-ia uma interpretação distanciada daquela que deveria ser a correta. Por isso, há que se atentar para o aforismo romano segundo o qual *sed ET posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrario e sint*, ou seja, “as leis posteriores, desde que não sejam contrárias às anteriores, fazem parte destas, cujas prescrições ratificam, esclarecem ou completam” (MAXIMILIANO, 1998, p. 140/141).

Sentimos que é de destacada importância interpretativa e de aplicação jurídica o método em análise, pois a evolução histórica, ou histórico-cultural, é que elevou a presunção de inocência a um patamar principiológico estabelecido no texto constitucional.

Em sua obra sobre hermenêutica Carlos Maximiliano destinou um tópico ao estudo da *occasio legis*⁴¹. Segundo esse autor, a *occasio legis*⁴² tem estreita conectividade com o Elemento Histórico e com o Elemento Teleológico, ao ponto de se confundir fácil e parcialmente com cada um destes. (MAXIMILIANO, 1998, p. 148)

O referido autor conceitua a *occasio legis*⁴³ nos seguintes termos, *in verbis*⁴⁴:

[...] complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente (MAXIMILIANO, 1998, p. 148/149).

E ainda adverte que “nenhum acontecimento surge isolado”, por isso, ao explicar a origem, sua razão de ser e ligação com os demais acontecimentos, compreenderemos melhor os fatos relacionados. O hermeneuta e/ou aplicador do direito deverá sempre tentar alcançar o “espírito da lei” vigente no momento e no meio em que ela surgiu, bem como verificar a

⁴¹ *Occasio legis*: Circunstâncias do momento em que se originou a lei utilizada na interpretação lógica. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#O>. Acesso em: 26/09/2012.

⁴² Ibidem, p.40

⁴³ Idem, p.40

⁴⁴ *In verbis*, op. cit., p.35

relação existente entre as circunstâncias, ambientes, fatos extras e a norma (MAXIMILIANO, 1998, p. 130).

Das lições do autor acerca do assunto ainda extraímos o seguinte:

A fim de descobrir o alcance eminentemente prático do texto, coloca-se o intérprete na posição do legislador; procura saber por que despontou a necessidade e qual foi primitivamente o objeto provável da regra, escrita ou consuetudinária; põe a mesma em relação com todas as circunstâncias determinantes do seu aparecimento, as quais, por isso mesmo, fazem ressaltar as exigências morais, políticas e sociais, econômicas e até mesmo técnicas, a que os novos dispositivos deveriam satisfazer; estuda, em suma, o ambiente social e jurídico em que a lei surgiu; os motivos da mesma, a sua razão de ser; as condições históricas apreciáveis como causa imediata da promulgação (MAXIMILIANO, 1998, p. 149).

Acerca do método teleológico, Carlos Maximiliano explica que:

toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar-se eficiente, converter em realidade o objeto ideado. Em sendo assim, a regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim não se procedia, construíram a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical (MAXIMILIANO, 1998, p. 151).

Na sequência, o mesmo autor adverte que o Direito é, antes de tudo, uma ciência normativa ou finalística, razão pela qual a sua interpretação há que ser, em sua essência, teleológica. E na sequência, continua:

A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; [e, deste modo] será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida. – destaquei (MAXIMILIANO, 1998, p. 151 e 152).

Conforme, ainda, adverte Carlos Maximiliano, “o hermeneuta *usa*, mas não *abusa* da sua liberdade ampla de interpretar os textos; adapta os mesmos aos *fins* não previstos outrora, porém compatíveis com os termos das regras positivas” (GARÇON *apud* MAXIMILIANO, 1998, p. 154/155) (grifos do autor).

Concluimos que, ao se utilizar o método interpretativo teleológico, o objetivo último da lei deverá preponderar sobre o seu texto literal. Afinal, a busca pela justiça supõe a aplicação de um método que garanta preferencialmente a finalidade da norma e secundariamente os limites que o texto normativo impõe de forma imprecisa ao hermeneuta e aplicador do direito.

Com efeito, o intérprete terá mais segurança para encontrar a norma jurídica adequada para imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida em comum, desde que se utilize de um método que analise os fatores sociais, sem se apegar a palavras, às quais contentariam um exercício silogístico de hermenêutica. Aqui, trata-se do método nomeado como sociológico (MAXIMILIANO, 1998, p. 157).

Como bem concluiu o autor, “o bom intérprete foi sempre o renovador insinuante, cauteloso, às vezes até inconsistente, do sentido das disposições escritas – o sociólogo do Direito” (MAXIMILIANO, 1998, p. 159).

Ora, se o direito deve refletir e regular as relações sociais, deve-se atentar ao fato de que “as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica” (MAXIMILIANO, 1998, p. 153).

A interpretação caracterizada através do método sociológico tem atendido de modo crescente à necessidade de se alcançar o bem comum via enunciados normativos. Tal tipo de interpretação coaduna-se com as ideias hodiernas de proteção aos hipossuficientes e de solidariedade humana. Se a essência da hermenêutica e da aplicação do direito é a realização da justiça, o método sociológico apresenta-se como excelente instrumento ao jurista responsável socialmente (MAXIMILIANO, 1998, p. 168).

Todavia, é temerário confundir atuação socialmente responsável de um jurista com atuação sentimental tendente a “torturar os textos para atender a pendores individuais de bondade e a concepções particulares de justiça” (MAXIMILIANO, 1998, p. 169).

Encerrando a análise do livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito* de Carlos Maximiliano, concluímos que, o hermeneuta deverá sempre extrair um resultado interpretativo que não se afaste da letra expressa da lei, mas que conduza a uma melhor consequência para a coletividade (MAXIMILIANO, 1998, p. 165), esforçando-se para demonstrar melhor e mais precisamente o que se acha expresso no enunciado jurídico examinado. Buscando, todavia, em nosso sentir, dentro de uma ideia de ponderação, a pacificação social.

2.4 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Vislumbramos que Virgílio Afonso da Silva, em seu Livro Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, traz uma ideia de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial que deve ser respeitado pelo legislador, mas tais direitos são passíveis de restrições, desde que de forma fundamentada. Isso, segundo o autor, não ocasiona um grau menor de proteção, ao contrário, engrandece as formas protetivas, pois toda atuação que restrinja esses direitos deve ser clarificada pela fundamentação do legislador ou juiz. Quanto à eficácia o autor esclarece que todas as normas de direito fundamental são de eficácia limitada, reafirmando a possibilidade de serem regulamentadas.

Iniciando sua exposição, o autor faz apontamentos sobre a teoria dos princípios. Começando, assim, por diferenciar as regras dos princípios⁴⁵. Desta forma, para ele, o que, principalmente, diferencia uma regra de um princípio é “a estrutura dos direitos que essas normas garantem”. Assim, às regras incumbem-se de assegurarem direitos/deveres de forma definitiva, já os princípios se encarregam de garantir direitos/deveres em uma primeira análise (SILVA, 2011, p. 45). E continua explicando:

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto (...). No caso dos princípios não se pode falar em realização total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) em uma primeira análise e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, 2011, p. 45).

Detalhando o assunto, o autor traz a ideia, estabelecida por Robert Alexy, de “princípios como mandamentos de otimização”. Assim, segundo Alexy, as normas principiológicas devem ser realizadas “na maior medida possível” dentro das possibilidades do caso concreto e do direito. Desta feita, diferindo das regras, os princípios podem ser realizados em graus diferentes. Aqui, “a ideia regulativa é a realização máxima”, mas esta dependerá das condições fáticas e de direito aplicáveis ao caso. A questão posta é a de que

⁴⁵ O autor faz um levantamento de algumas possibilidades de distinção entre regras e princípios na doutrina, assim: “Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa ideia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras” (SILVA, 2011, p. 44). (grifos do autor)

quando se procura realizar totalmente um princípio poderá haver uma limitação imposta por outro princípio. Assim, teremos a possibilidade de colisão de princípios (SILVA, 2011, p. 46).

Já no caso das regras, não temos esse escalonamento em graus. Desta forma, ou a regra é aplicável ou não ao caso. Em caso de conflito entre regras, uma cederá e deixará de existir no ordenamento. Essa diferença estrutural que condiciona a aplicação jurídica das normas, surgindo os critérios de subsunção e de sopesamento (SILVA, 2011, p. 46).

Do pensamento acima exposto, surge a ideia de conflito normativo, ou seja, “conflito entre regras e a colisão de princípios”. Desta forma, conflito normativo é a possível aplicação de mais de uma norma a um determinado fato concreto. A resposta do direito nesse caso será conflitiva, ou seja, as normas trazem consequências diversas ao caso. A solução jurídica, assim, será de impossibilidade de incidência de todas as normas ao caso (SILVA, 2011, p. 47).

Quando se trata de conflito entre regras, o autor parte da premissa de que regras trazem direitos/deveres definitivos, assim, a resposta não poderá alterar essa característica. Dessa forma, poderá haver a incompatibilidade da resposta de forma total ou parcial. Se total, uma das regras será declarada inválida. Já se for parcial, haverá a aplicação somente da parte que não conflitar com as demais regras (SILVA, 2011, p. 48).

No caso de colisão entre princípios o critério utilizado é diverso, pois um princípio não pode ser declarado inválido em razão de outro, seja de forma total ou parcial. A solução, aqui, se dará através do que o autor chama de “fixação de relações condicionadas de precedência”. Nessa esteira, o que determinará se será aplicado um ou o outro princípio será as condições do caso concreto em que eles estiverem incidindo (SILVA, 2011, p. 50).

No conflito entre normas, podemos ter, por fim, a possibilidade de colisão entre regras e princípios. Aqui teremos uma complexidade maior para a resposta, pois incidirão na solução todos os critérios acima expostos. Assim, para resolver essa questão o autor cita que:

Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão desta restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção* (SILVA, 2011, p. 52). (grifos do autor).

No capítulo 3, o autor estabelece a conceituação de suporte fático. A proposta, aqui, é determinar a conceituação de suporte fático e principalmente sua aplicação aos direitos fundamentais. Assim, primeiramente, o suporte fático pode ser visto de forma abstrata e de forma concreta. Sendo aquela a prevista na norma de forma geral com a respectiva consequência de direito. E esta, de ligação íntima aquela, é a própria ocorrência na realidade do que foi previsto pela norma em abstrato (SILVA, 2011, p. 67 e 68). E arremata:

(...) as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais. E essas consequências não são somente o incluir determinada conduta no suporte fático de um direito fundamental ou dele a excluir (...). A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático (...) (SILVA, 2011, p. 68).

Assim passaremos a analisar a conceituação de suporte fático quanto a seus elementos. Nessa esteira, vislumbrando, principalmente, o que será protegido e a possibilidade de intervenção estatal nas liberdades individuais. Assim, não é apenas respondendo “o que é protegido?” pelo direito fundamental que descobriremos o seu suporte fático, mas também determinando o que o Estado tem que realizar para que aquele direito seja concretizado. Desta forma, “tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais” (SILVA, 2011, p. 69-71).

Quanto ao âmbito de proteção de um direito fundamental, podemos citar que será ele que determinará a amplitude protetiva da norma. Já no caso da intervenção estatal, verificamos o seu preenchimento se houver a ingerência estatal na liberdade individual protegida. É do somatório dos dois, âmbito de proteção e intervenção sem amparo constitucional, que encontramos a composição do suporte fático de um direito fundamental. Essa constatação é aceita pelo autor, no entanto, ele acrescenta mais uma variável, qual seja, a “ausência de fundamentação constitucional” (SILVA, 2011, p. 73-75)⁴⁶.

⁴⁶ Assim esclarece o autor: “Ora, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional para a intervenção. **Se houver fundamentação constitucional para a intervenção estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica** (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*) (SILVA, 2011, p. 74). (grifos nossos).

Nessa linha, para o autor:

“se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x, então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista na norma de direito fundamental para o caso de x” (SILVA, 2011, p. 75).

Na sequência o autor analisa se o suporte fático dos direitos fundamentais será amplo ou restrito.

Assim, para aquelas teorias que sustentam um suporte fático restrito, haverá a exclusão de proteção de algumas situações jurídicas que comporiam o direito fundamental e a definição do que se entende por intervenção estatal. A fundamentação básica para essas exclusões é a busca pela essência do direito tutelado e a não possibilidade de haver colisões entre tais direitos (SILVA, 2011, p. 79-82)⁴⁷.

Já no caso dos direitos fundamentais terem um suporte fático amplo, significa que não haverá preocupação com o que será protegido dentro da amplitude desse direito fundamental, e nem o que se compreende por intervenção estatal, mas com as possibilidades argumentativas que viabilizarão a intervenção (SILVA, 2011, p. 94)⁴⁸.

Para o autor o suporte fático dos direitos fundamentais deve ser amplo, senão vejamos:

(...) exclusões *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é a tese central das teorias que se baseiam em um suporte fático restrito. As teorias que se baseiam em um suporte amplo – **como a aqui defendida** – rejeitam essa premissa. (...) A razão é simples: no primeiro caso a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é definitivamente protegido; no segundo caso – suporte amplo –, definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de decidir pela sua proteção definitiva, ou não (SILVA, 2011, p. 109). (grifos nossos).

No quarto capítulo do livro, o autor trabalha as possibilidades de restrições a direitos fundamentais. Desta forma, inicialmente serão expostas as teorias interna e externa e em um segundo momento será analisado a possibilidade de restrições a direitos fundamentais pela regra da proporcionalidade.

⁴⁷ E continua o autor citando as estratégias mais importantes para balizar o suporte fático restrito para os direitos fundamentais: “(1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Müller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls” (SILVA, 2011, p. 82 e 83).

⁴⁸ O autor frisa que: “De uma certa forma, o que ocorre é um deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no momento da fundamentação da intervenção” (SILVA, 2011, p. 94).

Assim, para a teoria interna “o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”. Aqui temos a ideia de limites imanentes, ou seja, os direitos e suas limitações são a mesma coisa, são algo uno⁴⁹. Portanto o que determina a limitação do direito não é algo externo. Desta forma, não há espaço, por exemplo, para as colisões ou restrições de direitos (SILVA, 2011, p. 128).

Nessa esteira, considerando o que foi exposto, o autor conclui que a estrutura das normas da teoria interna será sempre de uma regra, pois terá validade estrita, ou seja, se o caso se encaixa na descrição normativa, a norma será aplicada e produzirá suas consequências, sem espaço para sopesamentos. Consequentemente, se for aplicada esta teoria, os direitos fundamentais, sempre que aplicáveis terão a característica de ser uma garantia definitiva e não *prima facie* (SILVA, 2011, p. 129).

Já na teoria externa não temos um objeto apenas – “direitos e seus limites (imanentes)”- como na teoria interna, mas há uma divisão de objetos: a) o direito em si, e b) as restrições. É dessa divisão que surge a possibilidade de sopesar os direitos fundamentais quando estão em colisão⁵⁰ (SILVA, 2011, p. 138).

Transparente, a partir das exposições acima, que o autor adota a teoria externa já que essa teoria possibilita o sopesamento e a consequente restrição a direitos fundamentais.

Assim, sintetiza:

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. **Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe** (SILVA, 2011, p. 140). (grifos nossos).

⁴⁹ Explica o autor: “Para não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna tende a recorrer à ideia de limites imanentes. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição” (SILVA, 2011, p. 131).

⁵⁰ Importante transcrevermos a literalidade do texto: “É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução de colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*” (SILVA, 2011, p. 138).

Quanto à questão da proporcionalidade como uma regra⁵¹ que possibilita a restrição de direitos fundamentais, notamos que o autor sintetiza o pensamento, dizendo que para que tais restrições não sejam consideradas violações, necessariamente, deverá ser realizado um exame de proporcionalidade em seus três aspectos: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2011, p. 181).

Concluindo a análise até aqui desenvolvida, o autor, sintetiza seu pensamento. Portanto, necessário a literalidade do texto:

Se se parte da premissa segundo a qual (1) os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e que, por consequência, (2) há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos -, que, por sua vez, (3) é expressa na distinção de princípios e regras, e que, por fim, (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, então, não há espaço algum para teorias absolutas (SILVA, 2011, p. 206)⁵².

No fechamento do livro, o autor rebate o tradicional estudo sobre as eficácias das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva. Aqui, para os objetivos desse trabalho, basta citar que se todas as normas garantidoras de direitos fundamentais podem ser restringidas, então mesmo as chamadas normas de eficácia plena, podem sofrer restrições (SILVA, 2011, p. 254)⁵³. Assim, concluímos esse ponto da exposição.

2.5 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM HANS Kelsen

Nesse item analisaremos o capítulo oitavo da obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A ideia aqui é trabalharmos a criação, interpretação e aplicação do direito na visão Kelseniana. Assim, entendemos que o autor nos mostra a exegese como um processo que acompanha a aplicação do direito, ficando o intérprete responsável pela construção da norma.

⁵¹ Não adentraremos no mérito da questão se proporcionalidade é uma regra ou um princípio para não desviar o foco do trabalho. Partimos, aqui, da ideia de que a proporcionalidade deve ser necessariamente uma forma de se fundamentar a restrição a um direito fundamental.

⁵² E continua: “Em outras palavras: se a constitucionalidade da restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se a fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial” (SILVA, 2011, p. 206).

⁵³ Não aprofundaremos os motivos do autor por não serem objeto desse trabalho.

Isso só pode ser feito dentro dos limites da moldura estabelecida pelo texto. Desta forma dentre as várias possibilidades interpretativas se escolherá aquele que mais se adequa ao caso.

Desta forma, toda vez que o direito é aplicado ele passa por um processo de interpretação dos textos normativos. Tal processo é observado por um órgão jurídico, pelos indivíduos e pela ciência do direito. Assim, o ato de interpretar para Kelsen (2009, p. 387) é “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior”. Nesse ponto verifica-se a existência de duas formas de hermenêuticas distintas, a saber: uma pelo órgão jurídico aplicador e outra pelos indivíduos que devem observar a norma e pela ciência jurídica quando estabelece um Direito posto (KELSEN, 2009, p. 388).

Em primeiro lugar será realizado uma análise da exegese em relação ao órgão jurídico responsável pela aplicação do direito. Nesse passo, estabelece-se que há uma relação vinculativa do escalão superior para o inferior. Assim, cabe àquele regular a produção ou a execução deste. Exemplificando o caso podemos trazer a relação entre a “Constituição e a lei, e ou lei e sentença judicial”. No entanto, essa regulação não é total, ficando sempre uma margem apreciativa para o responsável pela aplicação. Temos, aqui, a ideia de um “quadro ou moldura” que será preenchido (a) pelo aplicador de forma livre, mas respeitando as possibilidades interpretativas que se encaixam dentro dos limites desse quadro ou moldura (KELSEN, 2009, p. 388).

Nessa esteira, vislumbra-se que uma parte do ato de produção ou execução do Direito possui uma característica de indeterminação. Esta pode se relacionar “ao fato condicionante ou a consequência condicionadora”. Desta forma uma norma geral será determinada também pela sua aplicação em um caso individual. Ou seja, a interpretação se completa com a atividade de aplicação da norma geral ao caso individual, pois muitas vezes vários são os sentidos possíveis para se interpretar a norma. Por isso analisa-se a norma, a vontade de quem criou a norma – legislador – e a vontade das partes em um ato jurídico, pois estes fatores são determinantes no momento da sua aplicação jurídica (KELSEN, 2009, p. 389 e 390).

É nesse sentido que se estabelece que existem várias possibilidades interpretativas na aplicação jurídica. Sendo aceitável a hermenêutica que se mantenha dentro dos limites do quadro ou moldura. Esses limites, assim, são determinados pela junção do que foi estabelecido no escalão superior e inferior no momento da produção ou execução e pela

vontade do legislador e das partes no momento da aplicação do direito (KELSEN, 2009, p. 390). E continua:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2009, p. 390 e 391).

No fechamento deste ponto, Kelsen (2009, p. 391) explica a tendência jurisprudencial em ampliar a exegética ao ponto de estabelecer uma forma de interpretação que possibilite uma única hipótese interpretativa correta a todos os casos em que a lei se aplique. Desta forma a atividade intelectual do aplicador do Direito seria apenas de clarificar o sentido do Direito posto. Visão está que contrária o pensamento do autor, pois não haveria como se validar uma posição como sendo sempre a correta em detrimento da outra. E arremata: “Não há absolutamente qualquer método segundo o qual, das várias significações verbais possíveis de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”.

Não obstante o esforço jurisprudencial, objetivamente não se conseguiu resolver o “conflito entre vontade do legislador e expressão, a favor de uma ou de outra”. As formas de interpretação até então desenvolvidas só conduzem a algumas possibilidades de resultado, nunca a uma certeza (KELSEN, 2009, p. 391 e 392).

Desta forma, os usuais métodos interpretativos do “*argumentum a contrario*”⁵⁴ e da “analogia” não tem grau de certeza que determine objetivamente quando um deva ser usado ou o outro, além de conduzirem a resultados contrários. Na mesma esteira, o “princípio da apreciação dos interesses” é uma possibilidade, mas não uma solução ao problema interpretativo, pois não há como aferir o grau de objetividade da contraposição de interesses em jogo e nem da resolução dos interesses em conflito. Isto se deve ao fato de que tais formas não podem ser retiradas “da norma interpretada, da lei que a contém ou da ordem jurídica

⁵⁴ **Argumentum a contrario:** Argumento em contrário. Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_glossary&letter=A&id=3134&Itemid=530. Acesso em: 26/09/2012.

global, como pretende a teoria chamada da ponderação dos interesses” (KELSEN, 2009, p. 392). E arremata:

Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo (KELSEN, 2009, p. 392).

Na sequência o autor estabelece que a ideia de que a interpretação possa ser realizada por qualquer tipo de conhecimento do Direito preexistente é uma contradição que atinge o pressuposto dessa própria interpretação. Pois ao analisar as possíveis aplicações da norma dentro do Direito e escolher uma única como “correta”, sair-se-ia do campo jurídico e adentraria no político. A questão passaria a ser de política do Direito e não jurídica. Exemplo disso seria tentar criar a partir da Constituição somente Leis justas (KELSEN, 2009, p. 293). Melhor, desta forma, que o sistema permita várias possibilidades, pois, assim, será estabelecida a adequada interpretação dentro das hipóteses delimitadas pela moldura para o caso. Desta maneira, imprescindível à literalidade do texto abaixo:

(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda (KELSEN, 2009, p. 394).

Assim, diferente é a hermenêutica jurídica realizada pelo aplicador do Direito e pela Ciência jurídica. É que a exegese produzida pelo aplicador da norma é autêntica, criando Direito, pois só é possível falar em tal forma de interpretação quando o ato se caracteriza com o atributo da generalidade, ou seja, quando o ato vincule sua incidência a todas as hipóteses, não obstante poder ser aplicado em apenas um caso concreto e criar direito. Aqui, temos como exemplo o caso da interpretação realizada pela própria Lei (KELSEN, 2009, p. 394 e 395).

Já no caso da interpretação realizada pela Ciência jurídica, tem-se que trata de interpretação não autêntica. É que não há criação de direito na exegese realizada de forma científica pelo Direito, mas apenas uma atividade de estabelecer as possibilidades hermenêuticas que de uma norma podem advir. Ademais, está interpretação científica não realiza escolhas dentro das possibilidades, isso fica a cargo do aplicador do Direito. Aqui,

tem-se a adjetivação de pureza, ou seja, fica a cargo da ciência jurídica apenas verificar as possibilidades interpretativas que a norma posta oferece, sem se preocupar com questões extrajurídicas como a política, por exemplo (KELSEN, 2009, p. 395 e 396).

3 – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A ideia de construção deste capítulo é analisar julgados onde se debateram questões atinentes ao princípio da presunção de inocência, especificamente nas questões penais em que houve a mudança de posicionamento da corte. Assim a metodologia empregada foi verificar as formas argumentativas dos ministros do STF sobre o princípio da presunção de inocência em 2 (dois) casos, a saber: a) A súmula vinculante n.º 11⁵⁵ – Uso de algemas; b) Inconstitucionalidade da Chamada Execução Provisória da Pena - Artigo 637, do CPP⁵⁶ -. Desta feita, pretende-se, aqui, estabelecer o padrão de interpretação que vem sendo utilizado pelo Supremo a respeito do princípio em tela.

3.1 – OS PRECEDENTES DA SÚMULA VINCULANTE N. 11⁵⁷

Neste tópico serão analisados os votos dos ministros no que tange ao princípio da presunção de inocência nos seguintes julgados: a) HC 71195⁵⁸; b) HC 89429⁵⁹; c) HC 91952⁶⁰; e d) Ata de debates de aprovação da súmula vinculante n.º 11⁶¹.

⁵⁵ **STF, Súmula Vinculante nº 11 - Uso de Algemas - Restrições - Responsabilidades do Agente e do Estado - Nulidades** - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

⁵⁶ **Art. 637, CPP:** O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁵⁷ **STF, Súmula Vinculante nº 11, op. cit.,** pg. 53.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 71.195/1994-SP.** Relator Ministro José Francisco Rezek. SEGUNDA TURMA, julgado em 24.10.1994. D.J. 04.08.95.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89.429/2006-RO.** Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.08.2006. D.J. 02.02.07.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.952/2008-SP.** Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07.08.2008. D.J. 18.12.08.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ata de debates de aprovação da súmula vinculante n.º 11.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 26/09/2012.

3.1.1 – *Habeas Corpus*⁶² n.º 71.195⁶³

O Sr. Ministro Francisco Rezek, em seu relatório, expõe nos autos a parte do Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida em nome do Ministério Público Federal, conforme relatado abaixo.

Esse caso se refere à impetração de *habeas corpus*⁶⁴ contra indeferimento de protesto por novo júri, questionando a validade do julgamento pelo fato de o réu ter permanecido algemado em plenário, influenciando, assim, negativamente, o conselho de sentença (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 229).

O paciente foi condenado a vinte anos de reclusão, em regime fechado, como implicado, duas vezes, no art. 121, §2º, IV⁶⁵, sendo que em uma delas combinado com o art. 14, II⁶⁶, do Código Penal (CP), e as duas em combinado com o artigo 29⁶⁷ e 69⁶⁸ do CP, cabendo ao homicídio consumado a pena de doze anos e a tentativa a pena de oito anos (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 229).

Primeiramente, não se considera a soma das penas para efeito de protesto por novo júri, sendo necessário, apenas, que uma delas seja igual ou superior a vinte anos (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 230).

⁶² *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁶³ **HC 71195/94**- EMENTA: HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA. I – No concurso material de crimes considera-se, para efeito de protesto por novo júri, cada uma das penas e não sua soma. II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes. Habeas corpus indeferido.

⁶⁴ *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁶⁵ **CP, Art 121**: Matar alguém: § 2º Se o homicídio é cometido: **IV** - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

⁶⁶ **CP, Art. 14** - Diz-se o crime: **II** - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

⁶⁷ **CP, Art. 29** - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

⁶⁸ **CP, Art. 69** - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. § 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Em relação à nulidade sugerida na impetração em razão do uso de algemas, o Ministério Público Federal, concordando com o acórdão, entende não estar configurada tal invalidade (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 230):

Quanto às algemas, como observa o Dr. Promotor, o Magistrado explicou que o réu estava algemado para segurança dele, Juiz, do Dr. Promotor oficiante no Júri, eis que o acusado pretendia agredi-los e o próprio defensor concordou com a não retirada das algemas, tanto que não lavrou qualquer protesto nos autos, sendo certo que procedendo desta forma o Dr. Defensor atestou a inexistência de prejuízo e chegou à conclusão própria de que aquela atitude do Magistrado não poderia influir no espírito dos Jurados, até porque a tese apresentada pela defesa em relação ao homicídio foi a negativa de autoria e, em relação à tentativa foi a desclassificação para lesão corporal de natureza leve ou a legítima defesa própria, que nada tinham em haver com as diatribes do acusado em relação às autoridades (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 230).

Logo, por ter tido a informação de que o réu tinha a intenção de agredir o Juiz e o Promotor, a decisão do magistrado pelo uso das algemas, mostra-se motivada e não um ato meramente arbitrário. Já que existia uma circunstância concreta que justificava tal medida (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 231).

Não sendo possível dizer que o uso das algemas tenha interferido no julgamento dos jurados, devendo ser rejeitada a arguição, como já decidido pelo Min. Cordeiro Guerra no RHC 56.465-SP⁶⁹ (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 231).

Encerrando o relatório, o Ministério Público Federal, opina pelo indeferimento da ordem.

Em seu voto, o Sr. Relator Min. Francisco Rezek, corroborando com o entendimento do Ministério Público Federal, afirma não ser possível o protesto por novo júri, por se fazer necessário que a pena de reclusão igual ou superior a vinte anos seja em pelo menos um dos crime, no caso de concurso material de crimes, e não a soma deles. E por se tratar de medida justificada, diante da necessidade de proteger o juiz presidente e o promotor de justiça, e da concordância do advogado de defesa com a não retirada das algemas, indeferiu o pedido (STF, HC 71.195-2, 1994, fls. 232).

⁶⁹ **RHC 56.465-SP**: EMENTA: Não constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e a segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. (DJU 06.10.78)

3.1.2 – *Habeas Corpus*⁷⁰ n.º 89.429⁷¹

3.1.2.1 Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia

Este momento do trabalho refere-se à análise de *Habeas Corpus*⁷² impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (HC 89.429/RO⁷³), tendo por paciente Edílson de Sousa Silva e por coatores a Relatora do Inquérito n. 529 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Visa conseguir salvo conduto garantindo-lhe o direito de não ser algemado nem exposto à exibição para as câmeras da imprensa quando for ser ouvido no STJ pela Min. Eliana Calmon, até por ser situação semelhante ao caso de Sebastião Teixeira Alves, no qual foi concedido o mesmo benefício aqui requerido (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 921).

Como fundamento do pedido o paciente indica o art. 234, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal Militar⁷⁴ e o fato de ser Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 922).

Com o deferimento liminar do pedido, restou a análise do pedido adicional de obtenção de ordem para que a autoridade policial se abstenha de fazer uso das algemas em qualquer outro procedimento, bem como a confirmação ou não da liminar concedida (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 922).

⁷⁰ *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁷¹ **HC 89429** – EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido.

⁷² *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 89.429/2006-RO. Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.08.2006. D.J. 02.02.07.

⁷⁴ **CPPM - Emprego de Força - Art. 234.** O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas. **Emprego de Algemas - § 1º** O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o Art. 242. **Uso de Armas - § 2º** O recurso ao uso de armas só se justifica quando absolutamente necessário para vencer a resistência ou proteger a incolumidade do executor da prisão ou a de auxiliar seu.

Instada, a Procuradoria Geral da República (PGR) manifestou pela concessão da ordem (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 923).

A Relatora, Min. Cármen Lúcia, refere-se aos dispositivos legais que concedem aos Conselheiros do TCE (Tribunal de Contas do Estado) de Rondônia e outros estados os mesmos direitos que assistem os Ministros do TCU (Tribunal de Contas da União), que por sua vez tem os mesmos direitos dos Ministros do STJ, mas argumenta que a matéria trazida refere-se a condição legal e não ao estatuto constitucional, e que isso por si ensejaria dúvidas quanto ao aproveitamento ao caso das garantias previstas nos artigos 234⁷⁵ e parágrafos e 242⁷⁶ do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que somente seria aplicável, por sua natureza especial de norma processual penal militar, aos casos em que se aplica, pois rege-se pelas normas contidas no mesmo código ou por legislação especial que lhe seja estritamente aplicável, conforme expressado taxativamente no seu artigo primeiro. Entretanto, admite o aproveitamento da regra para aplicação ao caso por analogia (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 924).

Quanto ao emprego de algemas no Paciente que não teria apresentado obstáculos ao cumprimento de ordem de prisão que lhe fora dada, como forma de expô-lo a constrangimento desnecessário e infundado, assim como a sua "exibição" algemado para submetê-lo ao "achincalhe público", afirma a Ministra Relatora que o sistema jurídico vigente, mesmo não contendo regras específicas ou expressas sobre o assunto, dá suporte a normas de princípio e até a regras definidoras e limitadoras do uso de algemas, pois seu exame deixa patenteado que sempre houve preocupação do legislador com o uso desse instrumento (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 927).

Em seguida a Ministra Cármen Lúcia faz referência a diversos precedentes legais históricos sobre o assunto, concluindo que o uso de algemas jamais poderia ser utilizado

⁷⁵ CPPM – Art. 234, *op. cit.*, p.56

⁷⁶ CPPM - Prisão Especial Art. 242. Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível: **a)** os ministros de Estado; **b)** os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia; **c)** os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados; **d)** os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei; **e)** os magistrados; **f)** os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados; **g)** os oficiais da Marinha Mercante Nacional; **h)** os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional; **i)** os ministros do Tribunal de Contas; **j)** os ministros de confissão religiosa. **Prisão de Praças - Parágrafo único.** A prisão de praças especiais e a de graduados atenderá aos respectivos graus de hierarquia.

arbitrariamente ou tolerado sem que regras jurídicas vigorem em País quanto ao seu emprego, podendo-se inferir a sua validade ou não inclusive a partir da interpretação principiológica ou das regras vigentes, como um todo (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 929).

A Ministra cita os artigos 284⁷⁷ e 292⁷⁸ do CPP para demonstrar que não deve ser empregado contra o preso força ou meios desnecessários, além do necessário para assegurar a eficácia da medida adotada em caso de resistência ou de tentativa de fuga, ou seja, apenas excepcionalmente (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 930).

Destaca que não se admite, no Estado Democrático, que as algemas passem a ser símbolo de poder arbitrário de um ser humano sobre outro, ou forma de humilhação pública, ou instrumento de submissão juridicamente indevida de um indivíduo sobre seu semelhante. Afirma a Relatora, ainda, que as algemas não seriam, assim, nem mesmo pena, mas punição sem lei a fundamentá-la ou, pior, sem causa específica. Seriam punições sem reparação moral possível para compensar os danos a que a imagem do preso teria sido exposta com prisões teatrais que preferem a apresentação de criminosos em vez da apuração e punição dos crimes na forma da lei. Acrescentando-se, ainda, que se extinguiu a pena de morte física no país, mas instituiu-se a pena de morte social (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 931).

Assevera, ainda, a Ministra Cármen Lúcia, que sendo a prisão uma situação pública, se o preso não oferece reação que coloque sob risco a sua segurança ou a de terceiros ou à ordem pública, qualquer providência para coagir será abuso de medida e instrumento, portanto, indevido no Estado Democrático (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 932).

Segue a Ministra Relatora invocando a Constituição Federal (art. 5º, inc. III⁷⁹, parte final) e regras jurídicas adotadas pela ONU (n.33), ou tratados internacionais de que o Brasil é parte (p.e., Pacto de São José da Costa Rica), para dizer que o uso legítimo de algemas não é arbitrário se observada a sua natureza excepcional e se for adotado apenas para: "impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; ou "para evitar agressão do preso contra os

⁷⁷ **CPP: Art. 284.** Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

⁷⁸ **CPP: Art. 292.** Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

⁷⁹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **III** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

próprios policiais contra terceiros ou contra si mesmo". Segundo ela, o emprego de algemas tem que obedecer o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, a providência policial ou judicial precisa guardar proporção legítima em relação ao comportamento adotado pelo preso para ser considerada juridicamente sustentada (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 932).

Para a Relatora, "não é o desrespeito aos direitos que assegura a punição devida a quem deve ser punido para que a sociedade tenha certeza de que o direito submete todos à sua incidência". Isto porque a sociedade se volta contra a impunidade, mas não a favor de punições sem base legal (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 935).

Enfim, entende a Relatora que o uso de algemas deve ser apenas excepcional e nunca admitido com finalidade infamante ou para expor o detido à execução pública. E como não divisou no caso qualquer indício de prova de reação violenta do Paciente ou resistência às providências policiais adotadas contra si, nem verificou qualquer motivo para que as autoridades tidas como coatoras fizessem ou venham a fazer uso de algemas na sua condução, concedeu *habeas corpus*⁸⁰, confirmando a liminar deferida, ressaltando, entretanto, as hipóteses excepcionais admitidas em lei (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 936 e 937).

3.1.2.2 Voto do Ministro Carlos Britto

Em seu voto, o Min. Carlos Britto aventou existência de um certo antagonismo entre valores constitucionais, tais como a liberdade de informação jornalística e os direitos do Paciente de não ser filmado contra a sua vontade. Mas esclareceu que o direito de informação está condicionado, entre outros, pelo direito individual à vida privada, à honra e à imagem, nos termos do art. 5º, inciso X, da CF⁸¹ (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 938).

No que tange às algemas o Min. Carlos Britto votou com a Relatora, acrescentando que agrava a situação do preso o uso desnecessário de algemas, exacerbando a privação de liberdade em curso. Também referiu que "não se pode espetacularizar o ofício público,

⁸⁰ *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁸¹ CF, Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

sobretudo nesse quadro histórico que bem poderíamos chamar de 'idade média', parafraseando a 'idade média', dos tempos que conhecemos" (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 939).

O que não se pode, segundo o Ministro, é isolar uma pessoa num canto ou espaço para que seja filmada sob algemas com emblemas da autoridade policial bem à mostra, como se o preso fosse um troféu a demonstrar a eficiência da instituição policial (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 941).

Entendemos, nesse ponto, a essência da restrição ao uso de algemas. E ressaltamos que aqui se analisa o abuso do uso de tal instrumento. Assim, a função precípua do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é a de restringir a possibilidade de se privar a liberdade. Desta forma, o que âmpara a ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo é a excepcionalidade. Se só é possível considerar alguém culpado após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, não há razão para exhibir alguém como se já condenado fosse. O conflito entre a publicidade do ato processual, o dever de informação midiático e a intimidade e presunção de inocência do indivíduo deve ser pautado por critérios de razoabilidade.

Para Carlos Britto, o direito do Paciente a não sofrer tratamento degradante, infamante, desumano, desonroso ou humilhante não depende de seu *status*⁸², porque destitui o ser humano não do que ele tem, mas do que ele é, gerando agravo moral até mais profundo do que a própria dor física ou que a privação de algum bem material (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 942).

3.1.2.3 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Quanto ao Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente do STF à época, acompanhou simplesmente a Relatora, saudando-a pelo enfoque da questão do abuso do uso de algemas se tornando prática frequente com vistas a "dar colorido ao espetáculo da prisão" (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 944).

⁸² *Status*: Posição. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#S>. Acesso em: 26/09/2012.

Ainda, recorda o Ministro que não só o uso de algemas, mas qualquer meio utilizado para exibir a pessoa do preso como se fosse um troféu, é degradante e ofende princípios básicos da Constituição, tais como os preceituados no artigo 5º, inc. XLIX⁸³, assegurando aos presos o respeito à integridade física e mental (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 944).

O Min. Pertence arrematou dizendo que "não está em causa o problema do direito de informar dos veículos de comunicação, mas está em causa a possibilidade da exibição de presos em situação humilhante: aí a responsabilidade é da autoridade pública carcerária" (STF, HC 89.429-1, 2006, fls. 944).

3.1.3 – *Habeas Corpus*⁸⁴ n.º 91.952⁸⁵

3.1.3.1 Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

Trata-se de da análise de *Habeas Corpus*⁸⁶ impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (HC 91.952/SP⁸⁷). Tendo o mesmo por paciente Antônio Sérgio da Silva e por coator o Superior Tribunal de Justiça, visando à declaração de insubsistência do veredicto condenatório em face do prejuízo à defesa decorrente da manutenção do réu algemado durante toda a sessão do julgamento realizado no Tribunal do Júri (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 850).

Para o impetrante, houve constrangimento ilegal no uso de algemas por não terem restado verificadas condições de efetiva periculosidade do paciente. Acrescentando que tal procedimento teria implicado em ofensa à sua dignidade de pessoa humana, bem como teria influenciado de modo negativo na concepção dos jurados no momento de decidir (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 852 e 853).

⁸³ CF, Art.5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁸⁴ *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁸⁵ HC 91.952: EMENTA: ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.

⁸⁶ *Habeas Corpus*, op. cit., p.12

⁸⁷ HC 91.952, op. cit., p.61

Os impetrantes, ao final, requerem a submissão do paciente a novo julgamento, desta feita, sem algemas, na instância de origem (Juízo de Direito da Comarca de Laranjal Paulista-SP) (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 853).

Instada, a Procuradoria Geral da República manifestou pelo indeferimento da ordem. Entendendo que o uso de algemas no réu é insuficientemente para afrontar o princípio da presunção de não-culpabilidade. E que a manutenção do mesmo algemado durante a sessão plenária do Tribunal do Júri não configuraria constrangimento ilegal se a medida mostrou-se necessária ao bom andamento da sessão e à segurança das pessoas presentes. Segundo o *Parquet*⁸⁸ a adoção ou não desse procedimento deveria ficar a critério do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, no exercício de seu poder de polícia judiciária nas sessões (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 853).

O Relator, Min. Marco Aurélio, desfia diversos preceitos constitucionais prevendo garantias aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, cujos suportes seriam o inafastável tratamento humanitário do cidadão e na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Desse modo, entendeu que a manutenção do acusado algemado em audiência sem que houvesse demonstração prévia de práticas perigosas anteriores por parte do mesmo, equivaleu a inferiorizar antecipadamente a defesa, até por que seria já degradante o fato de o réu ser julgado mediante procedimento levado a cabo por pessoas leigas, passíveis de tirar as mais variadas ilações do quadro apresentado às mesmas, inclusive poderiam pensar tratar-se de criminoso de alta periculosidade, o que já causaria desequilíbrio no julgamento, pelo que poderíamos chamar de sugestão implícita (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 855).

Citando diversos precedentes do STF, de constituições anteriores e até decisões da época do Brasil Império, o sr. Min. relator chamou a atenção para o caráter excepcional da utilização de algemas, referindo-se, inclusive, à Lei de Execução Penal (LEP - 7.210/84⁸⁹), o Código Penal Militar (CPM). Segundo o relator, se àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas já surge no campo da exceção, segundo a legislação citada, com muito mais critério deverá ser excepcionalizada a quem goza do benefício da inocência presumida, ao ser simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado, ao responder a

⁸⁸ **Parquet:** no ramo do Direito, significa Ministério Público ou faz referência a um membro do Ministério Público. Apesar do termo não ter referência direta no texto das leis, é de uso frequente no meio judiciário, inclusive em despachos e sentenças, quando o juiz se refere ao representante do Ministério Público. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Parquet>. Acesso em: 26/09/2012.

⁸⁹ BRASIL. **Lei de Execução Penal** nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 26/09/2012.

processo-crime. Acrescenta que a utilização de algemas, se fica excluída quanto às pessoas citadas, também deve ser evitada no tocante aos que vem sob a custódia do Estado e já se encontram fragilizados ao comparecerem ao tribunal para serem julgados, caso do paciente (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 861).

Registra-se, ainda, o relator, que "o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros, estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição". O que também indica que o uso desse instrumento é excepcional e somente poderia se dar nos casos em que realmente se mostrasse indispensável, seja para impedir ou evitar a fuga do preso, seja quando se cuidasse comprovadamente de prisioneiro perigoso (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 861).

Asseverou, também, o Min. Relator, que a ausência de norma expressa determinando a retirada de algemas durante o julgamento não é suficiente para possibilitar a manutenção do acusado em estado de submissão ímpar, sem a possibilidade de movimentar os braços e as mãos, em situação capaz de revelá-lo, em vez de um ser humano que pode haver falhado na arte de proceder em sociedade, considerá-lo como se fosse verdadeira fera (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 862).

O Ministro Marco Aurélio ainda mencionou a Lei n. 11.689⁹⁰, citando-a como oportuna norma interpretativa e, portanto, pedagógica, com específica clareza relativamente à postura das autoridades em relação aos acusados na sessão de julgamento pelo júri, em razão de implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, § 3º⁹¹, tornando indubitável a excepcionalidade do uso de algemas (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 862).

Dessarte, entendeu o relator que na hipótese sub judice não foi apontado qualquer dado concreto relativamente ao perfil do acusado que fosse capaz de ditar a permanência do réu com algemas em nome da segurança, mesmo diante do fato de que apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, demonstrando a deficiência da estrutura do Estado, o que por si só não autorizava o desrespeito à dignidade do paciente. No máximo, a inexistência do necessário aparato de segurança, conforme afirma o Min. relator, levaria ao adiamento da

⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm. Acesso em: 26/09/2012.

⁹¹ 'Art. 474. § 1º [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.' (NR - grifamos)

sessão, de modo a preservar o valor maior, posto que inerente ao cidadão (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 863 a 865).

Por tais razões, o Min. relator concedeu ordem tornando insubsistente a decisão do Tribunal do Júri e determinando a realização de novo julgamento, sem submeter o acusado ao uso de algemas (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 865).

3.1.3.2 Voto do Ministro Menezes Direito

Por sua vez, o Min. Menezes Direito iniciou destacando que o julgamento em tela não se trata de julgar o uso de algemas em tese, mas o tema do uso das algemas em caso concreto, qual seja, no decorrer da realização do júri e por determinação da presidência do respectivo Tribunal (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 866).

Observa o Ministro Menezes que o uso de algemas tem sempre caráter de excepcionalidade. Acrescenta que não pode ser vedado o uso de algemas, mas que a permissão para tanto depende da configuração real de uma exceção em casos com justificativas próprias. Disse que examinaria, na hipótese vertente, se a juíza presidente do Tribunal do Júri tinha ou não condições objetivas de determinar o uso das algemas (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 866).

O Min. Menezes revelou crer que deve ser relevada a circunstância de que a leitura da decisão da juíza presidente do Tribunal do Júri, indeferindo o pleito da defesa, considerou normal o uso das algemas durante a sessão de julgamento. Todavia, verificou que não há motivo subjacente, objetivo ou concreto que autorizasse a indentificação de um fato que pudesse autorizar o uso excepcional das algemas no foro do Tribunal do Júri. E citando o Min. Marco Aurélio, sublinhou que o uso das algemas no Tribunal do Júri tem conotação especialíssima, podendo, efetivamente, induzir os membros do júri a ver periculosidade no réu, o que tornaria ainda mais estreita a possibilidade da decretação do uso de algemas naquele ambiente, com exceção tão somente quando haja evidência da periculosidade (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 867).

Reiterando o argumento de excepcionalidade para o uso de algemas, o Min. Menezes Direito acompanhou o relator concedendo a ordem nos mesmos termos.

3.1.3.3 Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Min. Cármen Lúcia também acompanhou o relator, destacando sua preocupação com o fato de estarem diante de um caso em júri. Por ter se lembrado de experiência própria do tempo de estudante, quando ao ver um réu algemado veio-lhe a imagem de alguém provavelmente tão perigoso que teve que vir "a ferros", isto é, sem condições de se movimentar, posto que algum movimento seu poderia ser perigoso para ele mesmo ou para terceiros. Segundo a Ministra, isto induz "algum fator para o juízo daqueles que emitirão a decisão sobre a vida dessa pessoa, ou seja, os jurados" (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 870 e 871).

Segundo a Min. Cármen Lúcia, diante do júri as algemas projetariam uma imagem que é fixada no próprio juízo do julgador, isto é, passa-se uma ideia de periculosidade capaz de interferir de algum modo no juízo a ser emitido (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 871).

3.1.3.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O voto do Min. Ricardo Lewandowski também foi acompanhando o relator, aplaudindo-o por reafirmar a excepcionalidade do uso das algemas (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 874).

Nada obstante, assentou o Ministro, que o art. 497, I, do Código de Processo Penal⁹² defere ao juiz-presidente do Tribunal do Júri o poder de polícia para regular as suas sessões. Dando-lhe discricionariedade para manter a ordem nas sessões do respectivo tribunal, mas a

⁹² **CPP: Art. 497.** São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: **I** – regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;

amplitude dessa discricionariedade relativamente ao uso de algemas, que era um tanto ampla, foi bastante restringida com o advento da alteração feita pela Lei n. 11.689⁹³ no § 3º do art. 474 do CPP⁹⁴, devendo agora observar os critérios objetivos ali consignados (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 874).

3.1.3.5 Voto do Ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau, de igual modo, acompanhou o voto do relator, destacando a importância de estarem, no caso em tela, afirmando o que o STF entende a respeito da matéria, mesmo sem traçar norma geral sobre ela (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 876).

Eros Grau citou o Professor Sérgio Marques de Mores Pitombo para manifestar sua preocupação com o abusivo uso de algemas, transcrevendo as seguintes palavras do referido professor:

Aflora intuitivo que o abuso de algemas se constitui em prática atroz, bestial ou aviltante, podendo chegar à tortura. Tal desvio de conduta, antes de tudo, viola o inarredável acatamento à integridade física e psíquica do preso, ou do conduzido, por isso mesmo será crime (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 876).

Ao final, o Min. Eros Grau afirmou a necessidade de dar maior ênfase ou até mesmo incitar o exercício do direito de representação assegurado pela Lei n. 4.898⁹⁵, art. 4º, alínea "b"⁹⁶, dando, assim, aplicação ao seu art. 6º⁹⁷ (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 876 e 877).

⁹³ **Lei n. 11.689**, *op. cit.*, p.63

⁹⁴ **CPP: Art. 474.** A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm. Acesso em: 26/09/2012.

⁹⁶ **Lei n. 4.898, Art. 4º:** Constitui também abuso de autoridade: [...] **b)** submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

⁹⁷ **Lei n. 4.898, Art. 6º:** O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal. § 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em: a) advertência; b) repreensão; c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens; d) destituição de função; e) demissão; f) demissão, a bem do serviço público. § 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros. § 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos. § 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente. § 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a

3.1.3.6 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa também concordou com a fundamentação e decisão do relator, considerando que o uso de algemas dentro de sala de sessões de um Tribunal, mesmo guardada por policiais civis, teria por finalidade impressionar os jurados e dramatizar acentuadamente a situação do acusado sob julgamento. Para ele o constrangimento foi infundado, além de ter produzido efeitos ainda mais graves por se tratar de julgamento a ser procedido por tribunal popular, esclarecendo que um juiz togado não levaria em consideração o fato de o réu estar algemado (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 878).

Explicou o Ministro que a apresentação do réu algemado diante dos jurados populares pode indubitavelmente influenciar negativamente a decisão, ao passar-lhes a imagem de que o réu seria pessoa perigosa e violenta. Para ele, os jurados decidem com base em íntima convicção, em vez de usarem a persuasão racional, o que acrescido do fato de que não precisam de qualquer fundamentação para condenar, o uso de algemas elevaria injustamente as chances de condenação (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 879).

Também, fez referência à necessidade de observância, dali em diante, das disposições do § 3º do art. 474 do CPP⁹⁸, observando que no caso sob exame a autoridade julgadora teria mantido o réu algemado com base em formulações genéricas em vez de demonstrar, no caso concreto, eventual periculosidade do paciente, demonstrada nos autos, algum histórico de violências, seja na prisão, seja no convívio social ou qualquer outro dado concreto revelado, sempre demonstrado nos autos, que justificasse o temor do magistrado por sua própria segurança ou das testemunhas e demais presentes na sessão de julgamento, caso o réu ali permanecesse sem algemas. Ocorre que o Min. Joaquim Barbosa não verificou a demonstração concreta da necessidade do uso de algemas, considerando ter havido constangimento ilegal contra o paciente (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 879 e 880).

pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

⁹⁸ **CPP, Art. 474:** A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

3.1.3.7 Voto do Ministro Carlos Britto

A seu turno, o Ministro Carlos Britto entendeu que o objeto do HC seria exclusivamente o uso de algemas no plenário do Tribunal do Júri, local físico do equacionamento jurídico a ser examinado. Para o citado Ministro o uso de algemas é excepcional à luz da própria Constituição da República, cuja força normativa já seria suficiente para tanto, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 881).

Afirma ser sabido que o uso de algemas constrange física e psicologicamente, evidenciando que o seu uso desnecessário ou não fundamentado viola, já de início, o inciso III do artigo 5º da Constituição⁹⁹. Entende o ministro que a expressão degradante contida no dispositivo constitucional citado toma o sentido de aviltante, desonroso, humilhante, sobretudo quando o preso é exibido como troféu ou produto de caça, aprisionado sob ferros. Explica, também, que o uso desnecessário das algemas passa a significar um agravamento, uma exasperação no estado de privação da liberdade do preso e, portanto, justificando até o manejo de *habeas corpus*¹⁰⁰ para que ele não se veja algemado (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 882).

Defendeu mais, o Min. Carlos Britto, que é lícito ao juiz submeter o réu perante o plenário do Tribunal do Júri a algemas, desde que o faça com fundamentos criteriosos e objetivos, relacionados à personalidade ou situação do agente e não por fragilidade das forças de segurança (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 885).

3.1.3.8 Voto do Ministro Cezar Peluso

Para Cezar Peluso, perante o ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucional quanto infraconstitucional, o uso desnecessário das algemas constitui ato ilícito capaz de configurar minimamente abuso de autoridade e, no máximo, crime de tortura (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 892).

⁹⁹ CF, Art. 5º, III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

¹⁰⁰ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

De acordo com o Min. Peluso, e o uso de algemas pode ser ato ilícito capaz até de configurar crime, então é ato de extrema gravidade, devendo ter consequências jurídicas. Com efeito, entende que é acentuada a susceptibilidade do povo que compõe o Tribunal do Júri à figura de um homem algemado, já que se trata de tribunal popular, que sofre todas as influências a que está sujeita a camada média da população (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 892).

Enriquecendo seu voto, o Ministro Peluso descreveu entrevista do jurista Ary Oswaldo Mattos Filho respondendo a perguntas no jornal "O Estado de São Paulo" sobre a repercussão do uso de algemas, onde o referido jurista diz que no Brasil "fica patente que a utilização de algema viou pirotecnia", o que geraria "um subproduto extremamente perigoso, da exacerbação do ânimo da população", quando um "personagem é algemado" e "pictoriamente condenado", e "Quando é absolvido, dá a sensação de desmoralização da Justiça", e a "sua imagem ficou irremediavelmente jogada na lama". E mais, a "diferenciação parte da repercussão e quem dá a repercussão são os meios de comunicação", e "porque não damos a mesma repercussão?", disse o jurista mencionado (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 893).

Em seguida, o ministro traça um paralelo entre tais repercussões e a crítica que se faz à atuação do STF quando toma as providências necessárias para que cessem constrangimentos ilegais pelo mau uso de algemas, referindo que se a opinião pública pode ser influenciada pela figura de alguém exposto publicamente com o uso desnecessário de algemas e a percepção do júri de uma pacata cidade do interior, a Comarca do paciente, após a respectiva juíza, por inexperiência ou receio exacerbado, usou o seu poder de polícia para permitir que réu sem notícia nos autos acerca de sua periculosidade, aparecesse como culpada antes do julgamento (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 893 e 894).

Com tais explanações e fundamentos o Ministro Peluso também votou com o relator (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 894).

3.1.3.9 Voto da Ministra Ellen Gracie

Quanto à Ministra Ellen Gracie, também acompanhou o voto do relator, afirmando seu entendimento de que o uso de algemas é autorizado, mas em condições excepcionalíssimas, a saber, quando houver possibilidade ou tentativa de fuga do acusado ou ameaça à integridade física tanto do próprio réu quanto à dos presentes em audiência. A Ministra Ellen Gracie enfatiza a importância de fixação pela Corte Suprema das circunstâncias especialíssimas em que se autorizaria o uso de algemas durante a sessão de julgamento, cuja observância ficaria a cargo do presidente do tribunal do júri em questão (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 895).

Quanto ao caso concreto, a Ministra Ellen Gracie verificou que a justificação dada foi insuficiente, já que não seria responsabilidade do réu a presença de apenas dois policiais na sessão de julgamento. Do mesmo modo, afirma que a justificativa de que o réu já havia anteriormente sido apresentado algemado serve menos ainda para cancelar a utilização de algemas naquela ocasião, já que esse fato não passaria de repetição de um constrangimento anterior (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 895).

3.1.3.10 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a questão em foco tem feição constitucional, já que o tema viria sendo tratado sob tal perspectiva à luz do artigo 153, § 14, da Constituição - Emenda nº 01/69¹⁰¹. Destacou, também, ser evidente a riqueza constitucional do tema em tela na proibição de tortura, na questão da dignidade da pessoa humana, na cláusula do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, descarte de prova ilícita e determinadas garantias processuais, sempre na perspectiva de que o homem não pode ser tratado como objeto dos processos estatais (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 896).

Em vista disso, o Min. Presidente Gilmar Mendes aventou a necessidade de que o STF se pronunciasse sobre esse tema, o que foi acolhido pelos demais ministros, inclusive

¹⁰¹ **Constituição - Emenda nº 01/69: Art. 153.** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **§ 14.** Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

com o compromisso de edição de súmula no sentido de estabelecer as três hipóteses autorizadoras do uso de algemas, tendo como norma primária a Constituição Federal (art. 5º e incisos¹⁰²) e a subsidiária o Código de Processo Penal (art. 474, § 3º¹⁰³) (STF, HC 91.952-9, 2006, fls. 897).

De fato, no intuito de refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoas presas, o Supremo Tribunal Federal – STF, em sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13.08.08, editou a súmula vinculante n. 11, com o seguinte texto:

"Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado". (grifos do autor)

3.1.4 – Ata de Debates de aprovação da Súmula Vinculante nº 11¹⁰⁴

No debate presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, realizado dia 13 de agosto de 2008, para aprovação da súmula vinculante nº 11¹⁰⁵, discutiu-se sobre o uso da algema.

O Ministro Marco Aurélio lembrou aos colegas do julgamento do HC nº 91.952¹⁰⁶, onde ficou registrado o entendimento de todos que a utilização da algema só se faz necessária em caso de possibilidade real de fuga ou de periculosidade do agente, ou seja, será utilizada excepcionalmente. (STF, DJe nº 214/2008, fls. 13)

Relembrando o referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, expôs que, em se tratando de garantia constitucional, deve-se respeitar a dignidade humana e a integridade

¹⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁰³ CPP - Art. 474, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata de debates de aprovação da súmula vinculante nº 11. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁰⁵ Súmula Vinculante nº 11, *op. cit.*, p.11

¹⁰⁶ HC nº 91.952, *op. cit.*, p.61

física do preso. E que o uso da algema, sem necessidade, configura abuso de autoridade. Finalizando seu relato, citou sua proposta de verbete: “Preso. Uso de algemas. A utilização de algemas sempre excepcional, pressupõe o real risco de fuga ou periculosidade do conduzido, cabendo evita-la diante a dignidade do cidadão” (STF, DJe nº 214/2008, fls. 14).

O Ministro Gilmar Mendes, após debate sobre o texto da súmula nº 11¹⁰⁷, se manifesta no sentido de que o problema da algema está no uso delas para os fins de exposição pública, exposição esta que é uma maneira de ofensa à dignidade da pessoa humana e uma violação da ideia de presunção de inocência (STF, DJe nº 214/2008, fls. 18).

A corroborar com sua posição o ministro enfatiza que:

“Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão” (STF, DJe nº 214/2008, fls. 18).

Então a súmula vinculante nº 11¹⁰⁸ foi aprovada com o seguinte texto:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (STF, DJe nº 214/2008, fls. 18).

Na conclusão dos debates ficou assentada claramente a ideia de que o fundamento para a criação da súmula vinculante nº 11¹⁰⁹ é obtido através do respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da preservação da imagem, da preservação da integridade física e principalmente, do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. No pano de fundo, e, em nosso sentir, o que dá respaldo a criação deste verbete é o princípio da presunção de inocência, o que fica claro e assentado no posicionamento dos ministros no debate de criação de tal súmula, que estabelece a excepcionalidade de tal medida, privilegiando, assim, a garantia constitucional.

¹⁰⁷ **Súmula Vinculante nº 11**, *op. cit.*, p.11

¹⁰⁸ **Ibidem**, p.11

¹⁰⁹ **Idem**, p.11

3.2 – A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: HABEAS CORPUS¹¹⁰ N. 84.078¹¹¹

Na história do STF sempre foi pacífico o entendimento de que recursos com o caráter excepcional não obstavam o cumprimento da sentença, mas tal fato estava sendo alvo de posições divergentes nos últimos anos.

Dando continuidade ao disposto, foi feito um levantamento demonstrando como o Supremo Tribunal Federal vinha, tradicionalmente, decidindo a matéria. Assim, em um

¹¹⁰ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

¹¹¹ **HC 84.078:** EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.

primeiro momento declarou constitucionalmente legítimo a exigência contida no art. 594¹¹² do CPP, que determinava que para se valer do recurso o condenado deveria, primeiramente, se recolher ao cárcere. O reconhecimento da constitucionalidade se deu no *habeas corpus*¹¹³ nº 72.366/1995¹¹⁴, cujo relator foi o ministro Néri da Silveira. Esse posicionamento predominava nas 2 (duas) turmas da suprema corte, e cita outros precedentes: HC 69.559/1992¹¹⁵ e HC 71.053/1994¹¹⁶ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1188).

O mesmo entendimento acima exposto também era aplicado às leis especiais. No caso da Lei 8.072/1990¹¹⁷ – Lei dos Crimes Hediondos – o julgado citado como referência foi o HC 70.634/1993¹¹⁸; já para o caso da Lei de Drogas, que a época levava o número de 6.368/1975¹¹⁹, citou-se os seguintes julgados: HC 80.412/2000¹²⁰, HC 72.603/1995¹²¹, HC 69.667/1993¹²² e HC 71.889/1994¹²³; e, por fim, no caso do crime de quadrilha ou bando –

¹¹² **CPP - Art. 594.** O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹¹³ **Habeas corpus**, *op. cit.*, p.12

¹¹⁴ **HC 72.366:** EMENTA: HABEAS CORPUS. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do código de processo penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de processo penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. *Habeas corpus* denegado e cassada a medida liminar.

¹¹⁵ **HC 69.559:** EMENTA: - A prisão processual (art. 594 do Código de Processo Penal) não é incompatível com a Constituição de 1988 (art. 5º, LVII) e encontra fundamento válido na periculosidade revelada pelo réu.

¹¹⁶ **HC 71.053:** EMENTA: HABEAS CORPUS – APELAÇÃO CRIMINAL – ACUSADO REINCIDENTE E POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES – NECESSIDADE DE RECOLHER-SE À PRISÃO (CPP, ART. 594) – EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) – PEDIDO INDEFERIDO. – Somente o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público subjetivo de recorrer em liberdade (RTJ 109/942). – A exigência de submissão do condenado à prisão provisória, para efeito de interposição do recurso de apelação criminal, não vulnera o princípio constitucional da não-culpabilidade consagrado pelo art. 5º, LVII, da Carta Política.

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹¹⁸ **HC 70.634:** EMENTA: - HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE CUSTÓDIA PARA APELAR. Apelação não conhecida ao argumento de que, negado o benefício da liberdade, o réu não se recolhera à prisão para recorrer. O artigo 2º -§ 2º da lei de crimes hediondos prevê, como regra, a compulsoriedade do encarceramento. Habeas corpus indeferido.

¹¹⁹ Hoje trata-se da Lei nº 11.343/2006.

¹²⁰ **HC 80.412:** EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes em associação, pois trata-se de crime hediondo (L. 8.072/90, art. 2º). A constitucionalidade da L. 8.072/90 é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal. Habeas indeferido.

¹²¹ **HC 72.603:** EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". TÓXICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. RECOLHIMENTO A PRISÃO. LEI 6.368/76, art. 35. I. - O condenado por crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 não pode apelar sem recolher-se a prisão (Lei 6.368/76, art. 35). II. - H.C. indeferido.

¹²² **HC 69.667:** EMENTA: "Habeas corpus". Interpretação conjugada do artigo 35 da Lei n. 6.368/76 com o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. A presunção de inocência não impede a prisão em virtude de

art. 288¹²⁴, do Código Penal – e sua combinação com o art. 9º¹²⁵, da Lei 9.034/1995¹²⁶ – Lei das Organizações Criminosas –, o precedente foi o HC 75.583/1997¹²⁷ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1188 a 1190).

Apesar de prevalecer esse posicionamento da suprema corte à época, o ministro Gilmar Mendes fez um importante levantamento dos votos de alguns ministros, que apesar de vencidos, traziam relevantes argumentos que afastavam a ideia de que o acusado deveria se recolher ao cárcere para recorrer. Para tanto cita os votos dos Ministros: Marco Aurélio; Sepúlveda Pertence; Ilmar Galvão; e Maurício Côrrea (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1190 a 1193). Esse ponto será tratado no momento da análise do voto do ministro.

3.2.1- Voto do Ministro Relator Eros Grau

Trata-se de *habeas corpus*¹²⁸, sob a relatoria do Senhor Ministro Eros Grau, que visava afastar a chamada execução provisória da pena, que vem predisposta no artigo 637, CPP¹²⁹.

sentença condenatória ainda pendente de recurso. - Da conjugação dos artigos 35 da Lei 6.368/76 e do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, resulta que a proibição absoluta imposta por aquele foi parcialmente alterada por este (o que importa derrogação e não ab-rogação), transformando-se em proibição relativa, já que admite que a regra - que é a proibição de apelar solto - seja afastada (o que é exceção) por decisão fundamentada do Juiz em sentido contrário. - Esta Corte já decidiu, inclusive por seu Plenário, que a presunção de inocência constante no artigo 5º, LVII, da atual Constituição não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso. "Habeas corpus" indeferido.

¹²³ **HC 71.889:** EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO. NECESSIDADE DE O RÉU RECOLHER-SE A PRISÃO. ARTS. 12 E 35 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS), C/C ART. 2º, § 2º, DA LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS). I. - Necessidade de o réu recolher-se a prisão para apelar. II. - Não se aplica o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, se o réu já se encontrava preso quando da sentença condenatória. III. - A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - CF, art. 5º, LVII - não revogou o art. 594 do CPP. IV. - H.C. indeferido.

¹²⁴ **CP, Art. 288** - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: **Pena** - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. **Parágrafo único** - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

¹²⁵ **Lei 9.034/1995, Art. 9º:** O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

¹²⁶ BRASIL. Lei 9.034 de 03 de maio de 1995: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹²⁷ **HC 75.583/1997:** EMENTA: "Habeas corpus". - Se, em se tratando de crime de quadrilha ou bando, não pode o réu apelar em liberdade (artigo 9º da Lei 9.034/95), não tem ele direito à liberdade provisória enquanto não for julgado seu recurso especial e não transitar em julgado sua condenação. "Habeas corpus" indeferido.

¹²⁸ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

¹²⁹ **CPP, art. 637:** O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Desta forma, para uma exata compreensão do que está sendo discutido, faremos um breve resumo do caso.

Assim, o paciente foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado em sua forma tentada. No Tribunal do Júri houve desclassificação para homicídio privilegiado e sua condenação foi de uma pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O Ministério Público (MP) recorreu e conseguiu levar o paciente a um novo júri, onde a condenação foi de uma pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. A defesa interpôs recurso extraordinário e especial, este sendo aceito pelo TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais). O MP requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso, fundamentando tal medida no fato do paciente ter colocado seu vultoso patrimônio a venda e somado ao fato da confirmação da condenação em segundo grau, estaria ele, assim, a demonstrar que fugiria para não cumprir a pena (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1051 e 1052).

Na sequência, a prisão preventiva foi decretada. O impetrante, então, se insurge contra ela, alegando: a) a falta de fundamentação da prisão cautelar; e b) a não possibilidade de execução da sentença pendente de recurso especial sem efeito suspensivo. Como fundamento, baseia-se no princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII¹³⁰, da Constituição Federal (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1052 e 1053).

Com este resumo dos fatos, passa-se agora a análise do voto do Senhor Ministro Relator Eros Grau. Primeiramente, afasta-se o decreto de prisão preventiva, por falta de fundamentação idônea a embasá-lo, tendo em vista que a venda do patrimônio do paciente foi atribuída à mudança de atividade econômica, e não para se furtar a aplicação da lei penal. Fato este que torna a prisão do paciente, evidente execução antecipada da pena (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1053).

Lembrando que a jurisprudência dos tribunais como um todo, até aquele momento, era de cumprimento da sentença, quando houvesse pendência apenas de recurso sem efeito suspensivo. Desta feita, o relator decidiu afetar a matéria ao pleno, tendo em vista seu posicionamento pela revisão jurisprudencial do supremo (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1053).

Assim, o relator começa sua exposição argumentativa transcrevendo o artigo 637, do Código de Processo Penal, que estabelece: “o recurso extraordinário não tem efeito

¹³⁰ **CF, Art. 5º, LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. Em sentido oposto, a lei de execução Penal (Lei 7.210/1984¹³¹), determina, em seu artigo 105¹³², que deve ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena privativa de liberdade, bem como e para execução de penas restritivas de direito, artigo 147¹³³. E ainda, em seu artigo 165¹³⁴ que a certidão da sentença com trânsito em julgado valerá como título executivo. Tudo isso em conformidade com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII¹³⁵ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1054 e 1055).

Para demonstrar a exatidão de tal conformidade, vale expor a literalidade do artigo 5º, LVII, CF¹³⁶: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Interessante notar que quanto as penas restritivas de direito, ambas as turmas do STF, já vinham decidindo no sentido de aguardar-se o trânsito em julgado para só então cumprir-se a reprimenda. Isso pode ser confirmado através dos seguintes precedentes: HC 88.413/2006¹³⁷; HC 86.498/2006¹³⁸; HC 84.859/2004¹³⁹; HC 84587/2004¹⁴⁰; HC

¹³¹ **Lei 7.210/1984**, *op. cit.*, p.63

¹³² **Lei 7.210/1984: Art. 105**. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução

¹³³ **Lei 7.210/1984: Art. 147**. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

¹³⁴ **Lei 7.210/1984: Art. 165**. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao Juízo Cível para prosseguimento.

¹³⁵ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

¹³⁶ **Ibidem**, p.11

¹³⁷ **HC 88.413**: EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.

¹³⁸ **HC 86.498**: EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida.

¹³⁹ **HC 84.859/2004**: EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO. - As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente.

¹⁴⁰ **HC 84.587**: EMENTA: PENA - EXECUÇÃO - APELAÇÃO - DESPROVIMENTO - EFEITO. Enquanto subordinado a condição, podendo vir a ser alterado em julgamento de recurso, descabe a execução do pronunciamento judicial condenatório, pouco importando haja este sido confirmado mediante o desprovimento de apelação.

84.677/2005¹⁴¹; HC 84.741/2005¹⁴²; HC 85.289/2005¹⁴³; HC 88.741/2006¹⁴⁴ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1056 e 1057).

Desta forma, fica evidente a disparidade de tratamento entre penas privativas de liberdade, mais graves, e penas restritivas de direito, menos graves. Pois, no caso das primeiras aceita-se a execução antecipada da pena, afrontando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII¹⁴⁵. E, aqui, fica o alerta do relator, em situações paralelas não pode a corte aplicar o direito de forma diversa, sob pena de violação do princípio da isonomia, e esclarece: “isonomia na aplicação do direito” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1057).

Ora, em nossa análise, se a própria corte reiteradamente decidiu que não era possível executar provisoriamente penas restritivas de direito (menos graves) antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com maior razão – por critérios lógicos –, não seria possível executar antecipadamente penas privativas de liberdade (mais graves) antes do trânsito em julgado.

Na sequência, frisa o relator a natureza precária – cautelar – das prisões antes do trânsito em julgado. E em brilhante exposição enaltece o respeito ao princípio da ampla defesa como respaldo lógico à presunção de inocência. Assim, faz-se necessária a exposição literal do trecho:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1058).

¹⁴¹ **HC 84.677:** EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.

¹⁴² **HC 84.741:** EMENTA: Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedente (HC 84.677, 1ª T., 23.11.2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371).

¹⁴³ **HC 85.289:** EMENTA: Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes (HC 84.677, 1ª T., 23.11.2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371; HC 84.741, Pertence, 1ª T. 07.12.04, DJ 18.2.2005).

¹⁴⁴ **HC 88.741:** EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida.

¹⁴⁵ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

Nesse momento da análise, o relator lembra o contexto normativo penal dos anos 80 e 90 para reforçar o conteúdo de seu voto. Assim, há um nítido contrassenso na evolução da legislação, pois na década de 80, precisamente 1984 editou-se a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210¹⁴⁶) e 1988 a Constituição Federal¹⁴⁷, com preceitos garantistas. Já na década de 90 a edição de uma legislação marcada pelo excesso punitivo (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1058 e 1059).

Segue o relator, a Lei de Execuções Penais traz concretude ao que está disposto na Constituição Federal, ou seja, só haverá execução após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aqui, importante à literalidade da exposição, senão vejamos:

Como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o “enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1059). (grifo do autor).

No entanto, houve alteração dos avanços da década de 80, com o advento da Lei 8.038/90¹⁴⁸, que regula os procedimentos no STJ e STF. Tal lei estabeleceu que os recursos extraordinário e especial “serão recebidos no efeito devolutivo”. Desta feita, fica claro, aqui, o vigor da política criminal instaurada, ao se afastar o efeito suspensivo de tais recursos. Política essa iniciada pós Constituição de 1988, com a edição da Lei 7.960/1989¹⁴⁹ (Lei das Prisões Temporárias) e Lei 8.072/1990¹⁵⁰ (Lei dos crimes Hediondos) com suas alterações em 1994 (Lei 8.930¹⁵¹), e em 1998 (Lei 9.677¹⁵²) (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1059 e 1060).

E, nesse ponto, a crítica severa do relator a uma política repressiva penal em resposta a crimes graves ocorridos à época, como o caso Abílio Diniz e Roberto Medina, que foram vítimas de extorsões mediante sequestro. Aqui é necessário a exata transcrição do trecho para

¹⁴⁶ Lei nº 7210/1984, *op. cit.*, p.63

¹⁴⁷ CF, *op. cit.*, p.71

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁵⁰ Lei 8.072/90, *op. cit.*, p.74

¹⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁵² BRASIL. Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 26/09/2012.

que se tenha a precisão do pano de fundo que conduzia as políticas criminais a época, e diga-se até os dias atuais:

A crítica de Alberto Silva Franco ao primeiro aplica-se ao segundo: “É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90”. A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas – a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1060 e 1061). (grifos do autor).

Lembrando o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, colega de docência do relator, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, expõe que qualquer maneira que leve a atribuir a alguém à condição de culpado, só poderá ser implementada nos estritos contornos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII¹⁵³, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana. O que constitui a garantia de inocência até o trânsito em julgado. Assim, só se legitima a prisão antes do trânsito em julgado por questões cautelares indeclináveis, apreciadas por juiz de forma fundamentada (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1062 e 1063). E completa:

A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota Sidnei Agostinho Beneti, “porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia de aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. E diz Fernando da Costa Tourinho Filho: “se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser

¹⁵³ CF, art. 5º, LVII, *op. cit.*, p.11

executada (art. 105 da Lei de Execução Penal)¹⁵⁴, a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado, não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento”. “A prisão – prossegue – ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória com trânsito em julgado, esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária [...]”(STF, HC 84.078, 2009, fls. 1062 e 1063). (grifos nossos).

O relator prossegue sua exposição dizendo que só o que justificaria antecipar a execução da pena, seria o que ele chamou de “conveniência dos magistrados” em contrapartida da conveniência do processo penal. E o que respalda tal afirmação é a argumentação que o respeito ao princípio da presunção de inocência encheria os tribunais (STF e STJ) dos recursos extraordinários e especiais, além do que “ninguém mais seria preso”. Veja o absurdo de se condicionar a aplicação de um direito e garantia fundamental a comodidade de trabalho no tribunal (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1064).

Ainda sobre a argumentação de que ninguém seria preso se houvesse a generalização da aplicação do princípio, segue o relator, expondo que muitas vezes a defesa do réu se vale de argumentos inexistentes, incoerentes ou até inventados para que seja apreciado um recurso extraordinário ou especial, com a única finalidade de protelar o processo e ocorrer à prescrição. Ou seja, não há nada que justifique o recurso, não obstante ele evitará o cumprimento da pena tendo em vista o não trânsito em julgado, o que consagraria a impunidade. Ora, diz o relator, se tais fatores prevalecerem sobre o texto da Constituição, melhor seria sair dos tribunais e exercitar a justiça com as próprias mãos (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1064 e 1065).

E concluindo seu voto, o relator, ciente que a corte acatará a Constituição, recorda voto da lavra do Ministro Lewandowisk no RE 482.006¹⁵⁵, em que se afastou a

¹⁵⁴**LEP - Lei nº 7.210/84 - Art. 105.** Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

¹⁵⁵**RE 482.006:** EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.

constitucionalidade de lei estadual que impunha redução de vencimentos a servidores públicos afastados de suas funções por responderem a ação penal em razão de suposta prática de infração penal funcional (artigo 2º da Lei 2.364/61¹⁵⁶, que deu nova redação à Lei 869/52¹⁵⁷). A unanimidade foi decidido pelo afastamento de tal preceito por violar de forma flagrante ao texto Constitucional, em seu artigo 5º, LVII¹⁵⁸, por ser considerado antecipação de pena sem que se tenha observado o devido processo legal (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1065).

Com a citação de tal fato, fecha o voto fazendo um contraponto entre este posicionamento da corte que privilegia a propriedade de forma unânime e demonstrando que no caso de liberdade não a outro caminho, senão se respeitar o disposto na Constituição. Assim, encerra concedendo a ordem, determinando que o paciente aguarde em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1066).

Após a conclusão do voto do relator – Ministro Eros Grau -, que concedeu a ordem para que o paciente aguardasse o trânsito em julgado em liberdade, o Senhor Ministro Carlos Ayres Brito pediu vista dos autos. Prosseguindo o julgamento, ficou decidido, por maioria de votos, a remessa do HC ao pleno; vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Participaram da sessão o Presidente do STF à época, Ministro Sepúlveda Pertence, e os Ministros Marco Aurélio; Cezar Peluso; Carlos Ayres Brito e Eros Grau. Quando retornou do pedido de vistas o Ministro Carlos Ayres Brito pediu para que a matéria fosse afetada ao pleno, pois havia a seu ver uma divergência de posicionamentos entre as duas turmas do STF. (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1067-1075).

Iniciado o julgamento no pleno, o relator, Ministro Eros Grau fez a leitura de voto, com os mesmos argumentos sintetizados até aqui. Então o Ministro Menezes Direito pediu vistas dos autos para analisar melhor a matéria, tendo em vista decisão recente de sua relatoria na segunda turma em sentido contrário (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1076-1092).

¹⁵⁶ **Lei Estadual de Minas Gerais n. 2.364/61: Art. 2º** - O artigo 79 da citada Lei n. 869 passa a ter a seguinte redação: “Art. 79 - O funcionário preso por crime comum ou denunciado por crime funcional ou, ainda, condenado por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia será afastado do exercício até decisão final passada em julgado. § 1º - Nos casos previstos neste artigo, o funcionário perderá, durante o tempo do afastamento, um terço do vencimento ou remuneração, com direito à diferença, se absolvido. § 2º - No caso de condenação, e se esta não for de natureza que determine a demissão, será o funcionário afastado, na forma deste artigo, a partir da decisão definitiva até o cumprimento total da pena, com direito, apenas, a um terço do vencimento ou remuneração”.

¹⁵⁷ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Lei n. 869 de 05 de julho de 1952**. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=869&comp=&ano=1952&texto=original>. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁵⁸ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

3.2.2 – Voto do Ministro Celso de Mello

Agora, passa-se a análise do voto do Ministro Celso de Mello. Desta feita, começa sua exposição salientando que é certo que as prisões cautelares não estão protegidas do arbítrio de tribunais e juízes. Dotadas, portanto, do caráter da excepcionalidade, elas necessitam de fundamentação idônea para se sustentarem. Assim, é cediço o entendimento da corte, no sentido de uma vez comprovada a prática do fato delituoso, contendo indícios suficientes de autoria e presente um dos requisitos que autorizem a prisão preventiva, está poderá ser utilizada (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1107-1108).

E faz uma advertência que corrobora o entendimento da corte sobre o tema:

Impõe-se advertir (e lembrar) que a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – **que não se confunde** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** ideia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (BASILEU GARCIA, “**Comentários ao Código de Processo Penal**”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado** (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1108-1109). (grifos do autor).

Desta forma, a natureza processual e excepcional da prisão cautelar, não tem o condão de ser entendida como antecipação de pena, sobe pena de se desrespeitar o princípio da liberdade. E neste ponto, a corte tem afastado decretos de prisão preventiva que se fundamentam em elementos do tipo penal ou circunstâncias da prática delituosa, visto que se aceitos estariam evidenciando nítida antecipação de pena. Isso demonstra, na visão do Ministro, o rigor da análise da corte para que seja mantida uma prisão de natureza cautelar (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1109-1110).

E colaciona acórdão que sintetiza seu pensamento:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.
- **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI¹⁵⁹ e LXV¹⁶⁰) – **não pode ser ofendida** por

¹⁵⁹ **CF, Art. 5º, LXI** - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII¹⁶¹) – preumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio Constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 96.095/SP¹⁶², Rel. Min. Celso de Mello). (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1111-1112). (grifos nossos).

¹⁶⁰ CF, Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

¹⁶¹ CF, art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁶² HC 96.095/SP: EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312)- não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO

Na sequência, o Ministro Celso de Mello, ressalta a importância da supremacia da Constituição para o país e para o seu povo. Ainda, nessa mesma esteira, cita que há limites no texto constitucional que não podem ser transpostos pelo Estado e seus agentes. Um deles é o princípio da presunção de inocência, e ainda, cita que detidamente analisou tais questões na ADPF 144/DF¹⁶³, em que foi relator. Importante nesse ponto citar os julgados sobre a Lei das

CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da Justiça". AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV)- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)- presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

¹⁶³ **STF, ADPF 144/DF**: EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, N), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº

Inelegibilidades (Lei Ficha Limpa) onde foram debatidas questões sobre o princípio. Assim temos os julgamentos conjuntos da ADC 29; ADC 30; ADI 4.578¹⁶⁴.

Continuando, ficou claro que o respeito ao princípio em tela não inviabiliza as prisões cautelares (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1115-1117). E faz uma lembrança histórica que é interessante citar:

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – a de que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado – está consagrada não só nas Constituições democráticas de

42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º)- RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º)- IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, G) - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE.

¹⁶⁴ Julgamento conjunto: **STF, ADC 29, 30 e ADI 4.578**: EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

inúmeros países (como o Brasil), mas, também, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (STF, HC 84.078, 2009, págs. 1117-1118).

Ainda, interessante documento é lembrado, o Dec. Lei 88/37¹⁶⁵, que determinava que o acusado tinha que provar que não era culpado. Exonerando, assim, o Ministério Público de provar a culpabilidade do agente. Fatos absurdos como esse é que fazem com que o STF tenha que sempre reafirmar sua jurisprudência no sentido de que cabe ao *parquet*¹⁶⁶ o ônus de provar o que alegou e sem deixar nenhuma dúvida (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1118).

Partindo, então para a conclusão de seu voto, o Ministro Celso de Mello, explica que em sua concepção a presunção de inocência não se exaure a medida que sucedem os graus de jurisdição. Significando que mesmo confirmada a condenação em segundo grau se sobrevier recurso o réu continua ostentando o *status*¹⁶⁷ de não culpado até que transite em julgado a sentença que o está condenando (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1120).

E, nessa esteira, conclui:

O fato é que não podem repercutir, contra qualquer pessoa, sob pena de transgressão ao postulado constitucional que consagra o estado de inocência, situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecurável do Poder Judiciário. Isso significa que inquéritos policiais em andamento, processos penais, arguições de inelegibilidade ou processos civis por improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92¹⁶⁸) ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1122). (grifo nosso)

¹⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. **Decreto-Lei 88 de 20 de dezembro de 1937**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=76490&norma=103218>. Acesso em: 26/09/12.

¹⁶⁶ *Parquet*, op. cit., p.62

¹⁶⁷ *Status*, op. cit., p.60

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 26/09/2012.

3.2.3 – Voto do Ministro Carlos Britto

Nesse momento, passa-se a análise do voto do Senhor Ministro Carlos Brito. O ministro iniciou o seu voto relacionando os vários temas que estavam sendo debatidos, por exemplo, “o tema da liberdade de locomoção, do postulado da justiça penal eficaz, da necessidade de prisão cautelar do paciente” isso tudo ligado constitucionalmente. E por se tratar de matéria de matriz constitucional, requer do nosso Tribunal “uma interpretação rigorosamente sistemática ou casada” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1150).

Começa sua interpretação pelo art. 5º, LVII da Constituição Federal¹⁶⁹ – a regra fundamental da liberdade. Entende o Ministro que não se trata somente de uma garantia, mas de um direito substantivo. “Ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional”. Portanto, se não tem trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo continua gozando do direito de presunção de não culpabilidade (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1151).

Destaca o Ministro Carlos Britto que a liberdade de locomoção, no que tange os direitos individuais, é primordial. E por ser tão imprescindível é que foi “aviado pela Constituição este remédio heroico chamado *habeas corpus*”¹⁷⁰ (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1152).

Nesse passo, evocando o inciso LXI do art. 5º da CF¹⁷¹, o Ministro lembra que o direito à presunção de não culpabilidade foi relativizado por este inciso em relação à prisão. “Ninguém será preso senão em flagrante delito...”, somente nesse trecho que a Constituição concede o poder de relativizar automaticamente o princípio fundamental da presunção de não culpabilidade. Logo após, a Constituição apresenta outras formas de mitigar este princípio fundamental em qualquer fase da persecução penal do Estado, sendo necessário que se faça por ordem escrita ou fundamentada. Assim revela a Constituição: “... ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...” e conclui, “salvo nos casos de

¹⁶⁹ Art. 5º, LVII, CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁷⁰ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

¹⁷¹ Art. 5º, LXI, CF - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1152 e 1153).

Referindo-se ao Ministro Cezar Peluso, o Ministro Carlos Britto enfatiza as consequências da prisão na vida de uma pessoa como sendo irreparável e gravíssima. Para o Ministro “é um dano que projeta seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso”. O cidadão preso fica psiquicamente abalado e com sua autoestima baixa, fica desprestigiado em seu ambiente familiar e no ambiente trabalho, se torna desqualificado profissionalmente, e, por fim, perde seu prestígio social. Justificando, assim, o destaque que a Constituição dá à defesa da liberdade (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1153 e 1154).

Em resposta as indagações feitas ao Supremo de que a sociedade ficaria desprotegida com essa exegese feita pelo maior guardião da Constituição da República, o Ministro Carlos Britto lembrou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, de que (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1154):

[...] basta ao juiz, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁷², decretar a prisão cautelar, fazendo-o com base em qualquer daqueles quatro pressupostos do artigo 312: garantia da ordem pública, garantia de ordem econômica, necessidade de aplicação da lei penal, garantia da instrução criminal (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1154) (grifo nosso).

Nesse passo, o Ministro expõe sobre a ordem pública, citando o art. 144 da CF¹⁷³ diz que “ordem pública é objeto da segurança pública”. Esclarece que ordem pública e incolumidade dos bens e das pessoas se diferem e que a segurança pública se destina a garantia delas. Continuando no conceito de ordem pública, o ministro ressalta que na Primeira Turma, acordando sobre o tema, decidiram que “ordem pública é categoria jurídica que pode ser associada a acautelamento do meio social.” Existindo esse acautelamento, certamente o bem jurídico da ordem pública estará presente (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1155).

Por fim, o Ministro Carlos Britto encerra seu voto esclarecendo que não está entrando em contradição por ter defendido a não aplicabilidade do direito a presunção de não culpabilidade na esfera eleitoral e explica (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1156):

¹⁷² **CPP, Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. **Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

¹⁷³ **CF, Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais. Mas, no plano da liberdade individual, em matéria estritamente penal, o meu voto, aqui, é pela concessão do *habeas corpus*¹⁷⁴ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1156 e 1157) (grifos nossos).

3.2.4 – Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso, ratificando a importância do princípio constitucional do art. 5º, LVII, da CF¹⁷⁵, entende por bem aproveitar o ensejo para deixar seu juízo sobre alguns pontos que ele acredita não ter sido esclarecido o bastante (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1158).

Para começar seu raciocínio lógico-jurídico sobre o assunto, o Ministro lembra que esse princípio foi utilizado primeiramente, como objeto normativo, “em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, inspirado na obra de Beccaria”. Esse autor afirma em sua doutrina que (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1158):

[...] a um homem não se pode chama-lo de culpado (réu) antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe proteção pública, até o momento em que fique decidido que violou as convenções pelas quais aquela proteção lhe fora outorgada (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1159).

O Ministro recorda aos demais Ministros que Beccaria era um aristocrata, porém iluminista, e defendia que os cidadãos confiam ao Estado parte de sua liberdade esperando por parte do Estado uma proteção para manter essa mesma liberdade. E ressaltava, ainda, Beccaria, que a arbitrariedade do processo penal da época é que gerava a violação da liberdade do indivíduo. Resumindo, “esse era, no fundo e substancialmente, instrumento de defesa dos interesses do soberano e, por conseguinte, de perseguição política” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1159).

E após analisar essa fase histórica, o Ministro conclui esse primeiro ponto noticiando que como modo de reagir politicamente contra a forma desumana que tratavam o réu no processo, estatuiu-se o princípio da inocência do réu. Como ilustra o Ministro “É, portanto, uma conquista histórica sobre o modo de tratamento processual do réu, uma reação contra o tratamento desumano e injusto que lhe dispensava o Estado” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1160).

¹⁷⁴ O *Habeas corpus*, op. cit., p.12

¹⁷⁵ CF, art. 5º, LVII, op. cit., p.11

Durante os debates da Constituição Italiana de 1948, quando também haviam os conflitos de posicionamento das escolas clássica, positivista e tecnico-jurídica se questionavam sobre as opções quanto à condição do réu no processo e a quais seriam os fins do mesmo. Uma primeira corrente, com base no entendimento de Carrara, defendia que “o processo penal serve para a defesa do réu e da cidadania. De outro lado, com um posicionamento positivista chefiado por Ferri, sustentava que “o processo é, antes de tudo, instrumento de defesa da sociedade e do Estado”. Daí considerava-se que o indivíduo que estivesse sendo processado, “não era inocente, nem culpado” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1160).

Portanto, nesse segundo momento histórico, que iluminou a nossa atual Constituição da República, a discussão estava sobre qual a forma de processo que o Estado deveria adotar e não de como o Estado deveria tratar o réu no processo (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1161).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o terceiro ponto histórico tratado pelo ministro, desde esse momento, tribunais e doutrinas de vários países passaram a dar atenção a uma perspectiva diferente do princípio, na aceção de normatizar o ônus da prova no processo penal (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1161).

Primeiramente, esclarece o Ministro, que não há no princípio em estudo uma ideia real de presunção. A expressão “princípio da presunção da inocência” se trata somente de um termo metafórico (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1161).

Explica ainda que no Direito há duas modalidades de presunção, a *iuris*¹⁷⁶ e a *hominis*¹⁷⁷. Conforme o Ministro a primeira modalidade é a presunção *iuris*¹⁷⁸ (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1161):

[...] é técnica operacional pela qual o Direito cria suas realidades de acordo com aquilo que, fora do Direito, ordinariamente acontece. Exemplo escolar é a chamada **praesumptio pater is quem**, que corresponde, ordinariamente, o pai da criança. (grifos do autor)

Já a segunda modalidade, a presunção *hominis*¹⁷⁹ “é só técnica ou modalidade de raciocínio, que se dá sobretudo no processo de convicção do juiz. Parte-se de fato conhecido

¹⁷⁶ **Iures:** Direito.

¹⁷⁷ **Hominis:** Homem ou homens em latim. Que pertence à espécie humana. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/hominis/1060/>. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁷⁸ **Iures**, *op. cit.*, p. 92

¹⁷⁹ **Hominis**, *op. cit.*, p. 92

e, por indução, pela experiência, chega-se à existência de fato desconhecido” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1161).

Logo, defende o Ministro que ao utilizar a palavra presunção, a Declaração de 1789 a usou tão somente como verbo, sem nenhum sentido técnico-jurídico ligado ao termo. E que também não quer dizer que ocorrerá um juízo antecipado em relação a culpabilidade ou inocência do indivíduo. O fato de utilizar a presunção de inocência no processo, não significa dizer que o Estado considera o réu inocente (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1162).

O Ministro arremata o assunto revelando o que significa esse princípio (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1162):

É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo.

Assim, juridicamente, o princípio garante ao réu que enquanto não houver sentença condenatória definitiva não lhe pode ser aplicada nenhuma medida que fira sua esfera ou patrimônio jurídico. Ratificando o que foi dito, de acordo com o Ministro (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1163):

[...] o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional.

Nesse passo, é o princípio constitucional do devido processo legal que dá ao princípio da presunção da inocência seu último alcance jurídico. Lembrando a experiência norte-americana em relação a interpretação desse princípio, traduzindo a expressão “due¹⁸⁰” com sentido de justiça, o Ministro observou que “o processo, segundo a Constituição, tem que ser legal, mas ao mesmo tempo responder às exigências de uma concepção de justiça num dado momento da sociedade, ou seja, *devido por justiça*” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1164) (grifos do autor).

¹⁸⁰ **Due:** devido.

E como pode ser justo um processo em que pelo simples fato de ser réu, o indivíduo mereça, uma medida tão grave quanto a privação de sua liberdade. Um processo que executa a pena provisoriamente sem que haja uma condenação definitiva, apesar de legal, não é justo, logo não observa um princípio constitucional (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1164).

Diante o exposto, o Ministro indaga-se sobre a questão da falta de efeito suspensivo do recurso. E afirma não haver “nenhuma força contra o princípio constitucional”. Ou seja, não tem eficácia, não abrange essa matéria, caso contrário, seria uma afronta à garantia constitucional (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1165).

Por fim, o Ministro ressalta que não poderia ter uma atitude diferente, senão a de reafirmar todo o alcance do princípio da presunção da inocência, protegendo assim o que ele acredita ser “um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, que é a sua liberdade física” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1165).

Por todo o exposto, o Ministro Cezar Peluso, acompanhando o Relator, encerra seu voto concedendo a ordem (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1166).

3.2.5 – Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto constatando que já são cinco votos concedendo e quatro votos indeferindo a liminar, portanto, “o Tribunal está dividido” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1178).

Entende que, no caso concreto, não é relevante discutir se o recurso possui eficácia suspensiva, por não existir dúvidas sobre o assunto. O que se faz necessário determinar são as duas espécies de execução na área penal e em relação a liberdade de ir e vir. Execução definitiva ou provisória, qual prevalece no âmbito penal? (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1178).

Não há dúvida no campo patrimonial, aqui o recurso possui três efeitos, “o primeiro de obstaculizar a coisa julgada, o segundo, o devolutivo, e o terceiro, o suspensivo, não cabe qualquer tipo de execução”. E é assim por ser possível voltar ao estado anterior (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1178 e 1179).

Já no que tange a liberdade de ir e vir, como voltar ao *statu quo ante*¹⁸¹ depois de perdida a liberdade? Para o Ministro não há como devolver essa liberdade perdida. Para ele “ter-se-á campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1179).

O Ministro revela estarem todos de acordo em relação à excepcionalidade absoluta da possibilidade da prisão preventiva, no caso de o acusado ter respondido ao processo em liberdade, observando, sempre, o art. 312 do Código de Processo Penal¹⁸². Porém, recorda que não estamos discutindo essa possibilidade e sim, se é permitido iniciar a execução da pena, sendo que a condenação ainda é passível de reforma por meio de recurso. Para o Ministro isso não é possível (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1179).

Acredita o Ministro que deve-se apegar-se às “franquias constitucionais e legais”, comumente demandas pelos acusados, para não cair no “justiçamento”. E buscar verdadeiramente a persecução criminal. E defendendo seu ponto de vista, afirma que (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1180):

[...] não cabe confundir princípios, institutos, expressões e vocábulos a ponte de ter-se o embaralhamento, na discussão, da eficácia do recurso com a execução – imprópria no campo penal – de sentença ou decisão/gênero ainda passível de reforma mediante recurso, contrariando-se, a mais não poder, para mim, o princípio da não-culpabilidade (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1180).

Encerrando seu voto, o Ministro Marco Aurélio acompanha o relator, deferindo a ordem e considerando conflitante com a Constituição, o Verbete nº 267 do Superior Tribunal de Justiça¹⁸³ (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1180).

3.2.6 – Voto do Ministro Gilmar Mendes

Ao iniciar seu voto, o Ministro explica tratar-se de possibilidade de cumprimento da pena antes da condenação penal transitar em julgado. Fato este que é praticado reiteradamente

¹⁸¹ *Statu quo ante*: retornar-se ao estado anterior. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#S>. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁸² **Art. 312 do CPP:** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. **Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

¹⁸³ **Súmula nº 267 do STJ:** A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

pelos Tribunais Estaduais e Federais, em virtude da falta de efeito suspensivo na regra contida no artigo 27, §2º, da Lei 8038/90¹⁸⁴, e diante do não seguimento dos agravos de instrumento proposto. Nesses termos o que deve ser analisado é se seria possível uma compatibilização do disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição¹⁸⁵, e a possibilidade de recolhimento ao cárcere antes de se verificar o trânsito em julgado dos casos penais (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1187).

Dando continuidade ao disposto, foi feito um levantamento demonstrando como o Supremo Tribunal Federal vinha, tradicionalmente, decidindo a matéria. Assim, em um primeiro momento declarou constitucionalmente legítimo a exigência contida no art. 594¹⁸⁶, do CPP, que determinava que para se valer do recurso o condenado deveria, primeiramente, se recolher ao cárcere. O reconhecimento da constitucionalidade se deu no *habeas corpus*¹⁸⁷ nº 72.366/1995¹⁸⁸, cujo relator foi o ministro Néri da Silveira. Esse posicionamento predominava nas 2 (duas) turmas da suprema corte, e cita outros precedentes: a) HC 69.293/1992¹⁸⁹; b) HC 69.559/1992¹⁹⁰; c) HC 71.053/1994¹⁹¹ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1188).

¹⁸⁴ **Lei 8038/90, Art. 27** - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. [...] § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

¹⁸⁵ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

¹⁸⁶ **CPP, Art. 594** - O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela L-011.719-2008)

¹⁸⁷ *Habeas corpus*, *op. cit.*, p.12

¹⁸⁸ **HC 72.366/95**: EMENTA. *Habeas corpus*. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do código de processo penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de processo penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. *Habeas corpus* denegado e cassada a medida liminar (HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 13.9.1995, DJ 26.11.1999).

¹⁸⁹ **HC 69.293/92**: EMENTA: Constitucional. Processual penal. Prisão. Presunção de não culpabilidade. C.F. , art. 5º , LVII . C.P.P , art. 594 . I. A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória C.F. , art. 5º , LVII, não revogou o art. 594 do C.P.P. Habeas corpus indeferido. Ct1015, garantia constitucional, princípio da presunção da não culpabilidade, apelação em liberdade. Rhc 69285 ano-1992 uf-sp turma-02 min. Março aurélio dj 09-10-1992 pp-17482 ement vol...

¹⁹⁰ **HC 69.559/92**: EMENTA: - A prisão processual (art. 594 do Código de Processo Penal) não é incompatível com a Constituição de 1988 (art. 5º, LVII) e encontra fundamento válido na periculosidade revelada pelo réu.

¹⁹¹ **HC 71.053/94**: EMENTA: HABEAS CORPUS - APELAÇÃO CRIMINAL - ACUSADO REINCIDENTE E POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES - NECESSIDADE DE RECOLHER-SE À PRISÃO (CPP, ART. 594)- EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO INDEFERIDO. - Somente o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público subjetivo de recorrer em liberdade (RTJ 109/942). - A exigência de submissão do condenado à prisão provisória, para efeito de interposição do recurso de apelação criminal, não vulnera o princípio constitucional da não-culpabilidade consagrado pelo art. 5º, LVII, da Carta Política.

O mesmo entendimento acima exposto também era aplicado às leis especiais. No caso da Lei 8.072/1990¹⁹² – Lei dos Crimes Hediondos – o julgado citado como referência foi o HC 70.634/1993¹⁹³; já para o caso da Lei de Drogas, que a época levava o número de 6.368/1975¹⁹⁴, citou-se os seguintes julgados: HC 80.412/2000¹⁹⁵, HC 72.603/1995¹⁹⁶, HC 69.667/1993¹⁹⁷ e HC 71.889/1994¹⁹⁸; e, por fim, no caso do crime de quadrilha ou bando – art. 288, do Código Penal¹⁹⁹ – e sua combinação com o art. 9º, da Lei 9.034/1995²⁰⁰ – Lei das Organizações Criminosas –, o precedente foi o HC 75.583/1997²⁰¹ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1188 a 1190).

Apesar de prevalecer esse posicionamento da suprema corte à época, o ministro Gilmar Mendes fez um importante levantamento dos votos de alguns ministros, que apesar de vencidos, traziam relevantes argumentos que afastavam a ideia de que o acusado deveria se

¹⁹² BRASIL. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 26/09/2012.

¹⁹³ **HC 70.634/1993**: EMENTA: - HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE CUSTODIA PARA APELAR. Apelação não conhecida ao argumento de que, negado o benefício da liberdade, o réu não se recolhera a prisão para recorrer. O artigo 2º, § 2º da lei de crimes hediondos prevê, como regra, a compulsoriedade do encarceramento. Habeas corpus indeferido.

¹⁹⁴ Hoje é a Lei nº 11.343/2006.

¹⁹⁵ **HC 80.412/2000**: EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes em associação, pois trata-se de crime hediondo (L. 8072/90, art. 2º). A constitucionalidade da L. 8.072/90 é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal. Habeas indeferido.

¹⁹⁶ **HC 72.603/1995**: EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". TÓXICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. RECOLHIMENTO A PRISÃO. LEI 6.368/76, art. 35. I. - O condenado por crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 não pode apelar sem recolher-se a prisão (Lei 6.368/76, art. 35). II. - H.C. indeferido.

¹⁹⁷ **HC 69.667**: EMENTA: - "Habeas corpus". Interpretação conjugada do artigo 35 da Lei n. 6.368/76 com o §2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. A presunção de inocência não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso. - Da conjugação dos artigos 35 da Lei 6.368/76 e do §2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, resulta que a proibição absoluta imposta por aquele foi parcialmente alterada por este (o que importa derrogação e não ab-rogação), transformando-se em proibição relativa, já que admite que a regra - que é a proibição de apelar solto - seja afastada (o que é exceção) por decisão fundamentada do Juiz em sentido contrário. - Esta Corte já decidiu, inclusive por seu Plenário, que a presunção de inocência constante no artigo 5º, LVII, da atual Constituição não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso. "Habeas corpus" indeferido.

¹⁹⁸ **HC 71.889/1994**: EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO. NECESSIDADE DE O RÉU RECOLHER-SE A PRISÃO. ARTS. 12 E 35 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS), C/C ART. 2º, §2º, DA LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS). I. - Necessidade de o réu recolher-se a prisão para apelar. II. - Não se aplica o disposto no art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90, se o réu já se encontrava preso quando da sentença condenatória. III. - A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - CF, art. 5º, LVII - não revogou o art. 594 do CPP. IV. - H.C. indeferido.

¹⁹⁹ **CP, Art. 288** - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990) Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

²⁰⁰ **Lei 9.034/1995: Art. 9º** - O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

²⁰¹ **HC 75.583/1997**: EMENTA: "Habeas corpus". - Se, em se tratando de crime de quadrilha ou bando, não pode o réu apelar em liberdade (artigo 9º da Lei 9.034/95), não tem ele direito à liberdade provisória enquanto não for julgado seu recurso especial e não transitar em julgado sua condenação. "Habeas corpus" indeferido.

recolher ao cárcere para recorrer. Para tanto cita passagem dos votos dos Ministros: Marco Aurélio; Sepúlveda Pertence; Ilmar Galvão; e Maurício Côrrea (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1190 a 1193). Assim, proceder-se-á a análise do exposto nesses votos.

Para o Ministro Marco Aurélio (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1190 a 1191), em seu voto no HC 69.263/1992²⁰², é incompatível a regra do art. 594, do CPP²⁰³, com o disposto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LVII²⁰⁴ e LXI²⁰⁵, pois o caso em tela não se encaixa em nenhuma das hipóteses estabelecidas em tais incisos. Desta forma, é desarrazoada a exigência do CPP, pois para demonstrar que não concorda com a decisão condenatória em primeira instância, tem o condenado que se recolher ao cárcere, iniciando, assim, o próprio cumprimento da sanção. Adverte, ainda, que a falta dos requisitos, ser primário e ter bons antecedentes, não pode ser utilizado como critério que promova o afastamento da segregação, pois tratam-se de fatos passados que não têm relação com a sanção imposta. Utilizá-los, nesse caso, seria consagrar o “*bis in idem*”²⁰⁶. E arremata:

O que se nota é o balizamento rígido pela Constituição Federal das hipóteses que podem motivar a prisão. Já havendo provimento condenatório, indispensável é que se tenha a culpa do condenado como intangível, ou seja, revelada em sentença judicial transitada em julgado. A ênfase emprestada pela atual Carta à liberdade exclui que se possa cogitar de verdadeira antecipação do cumprimento da pena, o que ocorrerá caso se imponha o recolhimento do condenado para que possa ver conhecido o recurso que interpôs. O exercício da ampla defesa – e neste está compreendida a interposição de recurso – fica comprometido a partir do momento em que se impõe a necessidade de atender-se a pressuposto que nada tem a ver em si como o recurso, porque ligado à observância, embora temporária, da própria sentença condenatória. Na verdade, subsiste como único móvel da expedição do mandado de prisão o provimento condenatório que, até o trânsito em julgado, por si só, não a respalda, sob pena de presumir-se o extravagante, ou seja, a culpa. (HC 69.263, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 9.10.1992). (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1191).

Também o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto no HC 69.964/1993²⁰⁷, foi contrário ao recolhimento a prisão para se valer, o condenado, do recurso de apelação. Para

²⁰² **HC 69.263/1992:** EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. CF, ART. 5º, LVII. CPP, ART. 594. I. - A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - CF, ART. 5º, LVII - NÃO REVOGOU O ART. 594 DO CPP II. - HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

²⁰³ **CPP, art. 594, op. cit., p.95**

²⁰⁴ **CF, art. 5º, LVII, op. cit., p.11**

²⁰⁵ **CF, art. 5º, LXI, op. cit., p.84**

²⁰⁶ **Bis in idem:** Duas vezes a mesma coisa, repetição. Disponível em: <http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#B>. Acesso em: 26/09/2012.

²⁰⁷ **HC 69.964/1993:** EMENTA: **HABEAS CORPUS**. PACIENTE RECOLHIDO À PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. Contra decisão condenatória,

ele, de uma forma bem objetiva, ao se falar de segregação que tenha por motivo um decreto de condenação que seja passível de recurso, ou se trata de prisão provisória ou de cumprimento antecipado da segregação. Ressalta, o ministro, que não é contrário a prisão provisória, desde que seja diante de uma sentença condenatória somada a fundamentação que ampare o encarceramento cautelar. Mas concordar com a antecipação da pena no formato estabelecido pelo art. 594, do CPP²⁰⁸, é violar o que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII²⁰⁹ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1191 a 1192).

Na sequência, o ministro Ilmar Galvão, estabelece que se houver o trânsito em julgado, o requisito de ordem fundamentada estará satisfeito, devendo se proceder a prisão sem dúvidas. No entanto, se passível de recurso, perde a qualidade de fundamentada e recolher-se a prisão para recorrer fere o disposto no art. 5º, LVII, da CF²¹⁰ (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1192).

Por fim, o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto no HC 72.366/1999²¹¹, traz fundamento diverso dos demais, no sentido de ferimento a garantia do duplo grau de jurisdição, por parte do art. 594, do CPP²¹². Busca amparo para balizar sua exposição no art. 5º, § 2º, da CF²¹³, e na adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece tal garantia (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1192 e 1193).

Adentrando, especificamente, ao tema princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, o ministro Gilmar, pontua interessante argumento sobre o assunto. Assim,

proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandato de prisão. Precedentes do STF. De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão de regime de cumprimento de pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário à concessão do benefício (art. 112, parágrafo único, c/c art. 8º, da LEP). Pedido indeferido.

²⁰⁸ **CPP - Art. 594**, *op. cit.*, p.95

²⁰⁹ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

²¹⁰ **CF, art. 5º, LVII**, *op. cit.*, p.11

²¹¹ **HC 72.366/1999**: EMENTA: HABEAS CORPUS. 2. CONDENADO REINCIDENTE. PRISÃO RESULTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. OS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU, ORA PACIENTE, FORAM RECONHECIDOS, NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, E, TAMBÉM, OUTROS ASPECTOS DA SUA PERSONALIDADE VIOLENTA. 4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. ORA, SE ESTE ARTIGO É VÁLIDO, O BENEFÍCIO QUE DELE DECORRE, DE PODER APELAR EM LIBERDADE, HÁ DE FICAR CONDICIONADO À SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS ALI POSTOS, ISTO É, O RÉU DEVE TER BONS ANTECEDENTES E SER PRIMÁRIO. 5. HABEAS CORPUS DENEGADO E CASSADA A MEDIDA LIMINAR.

²¹² **CPP - Art. 594**, *op. cit.*, p.95

²¹³ **CF, Art. 5º, § 2º** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

prossegue, citando, segundo Odoné Sanguiné, que o princípio em análise é na verdade um fator limitador finalístico das prisões cautelares. Desta feita, não poderia ser utilizado com o fim de antecipar a pena. Logo, só pode haver privação da liberdade antes do trânsito em julgado por uma prisão provisória, jamais por uma prisão pena ou definitiva (apud MENDES, HC 84.078, 2009, fls. 1194). E de maneira exemplificativa, traz um trecho de decisão do Tribunal Constitucional Espanhol²¹⁴:

De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que “em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou de antecipação de pena”, considerando que o “momento essencial desse regime é a consideração da presunção de inocência como regra de tratamento. O fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva. E isso quer dizer que esta não pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda tenha sido juridicamente estabelecida”, já que “utilizar com tais fins a privação da liberdade excede os limites constitucionais”. Portanto, não se pode atribuir à prisão provisória uma finalidade retributiva incompatível com sua natureza cautelar e com o direito fundamental à presunção de inocência do imputado. Neste sentido, o Tribunal Constitucional esclarece que o direito fundamental à presunção de inocência “impõe limites infranqueáveis” à adoção da prisão provisória: “proscrição à utilização da prisão provisória com o fim de impulsionar a investigação do delito, obter provas ou declarações” (apud MENDES, HC 84.078, 2009, fls. 1194).

Aqui, encontramos, em nossa visão, a grande constatação argumentativa que ampara a proibição de se antecipar a execução da pena, qual seja, a natureza dos institutos. Se prisão pena ou definitiva tem, além de outros, caráter retributivo, não se pode retribuir algo a quem ainda não é considerado juridicamente culpado, por expressa obediência ao texto constitucional. As prisões cautelares, por sua vez, não tem natureza retributiva, não podem ser utilizadas como castigo, pois visam apenas instrumentalizar o processo. Daí porque contam com um caráter extremamente excepcional.

Continuando a exposição, o ministro considera incompatível a antecipação da segregação penal definitiva e a presunção de inocência. Sem a sentença penal com trânsito em julgado não poderá haver execução da pena. A falta deste título retira o caráter de castigo, assim, a segregação só é possível em caráter provisório de acordo com os fundamentos legais exigidos (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1195 e 1196).

Na mesma esteira, mas agora lançando mão do argumento “dignidade da pessoa humana”, o ministro esclarece que há também uma violação a essa ideia de dignidade

²¹⁴ No mesmo sentido, cita posicionamento da corte Alemã (apud Mendes, HC 84.078, 2009, fls.1194 e 1195).

humana, pois tal princípio “não permite que o ser humano se convolva em objeto da ação estatal”. Se houver a antecipação da pena em flagrante inobservância dos direitos fundamentais, estar-se-á ferindo a própria Constituição (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1196). Desta feita, qualquer fórmula abstrata que venha do poder legislativo e estabeleça o encarceramento daqueles que contenham maus antecedentes ou que leve em consideração a gravidade em abstrato do crime cometido deve ser rechaçada de plano por ferir o núcleo dignidade humana e a própria Constituição (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1198).

Na sequência, o ministro Gilmar verifica se é proporcional exigir que o condenado se recolha ao cárcere para recorrer. Proporcionalidade esta vista em seus três aspectos: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. E conclui que por certo a um impedimento nesse caso à aplicação do princípio da proporcionalidade. Pois, ao se ter a possibilidade de estabelecimento de uma prisão menos gravosa – no caso a prisão cautelar, desde que fundamentada -, e se escolher uma mais grave – no caso a prisão pena -, está-se em verdade a se prestigiar uma nítida antecipação da execução penal. Fere-se, assim, a proporcionalidade em seu aspecto necessidade (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1199 e 1200). E cita:

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de **necessidade** (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1199 e 1200) (grifos do autor).

Ante as exposições acima, o ministro se posiciona, então, no sentido de ser contrário a qualquer hipótese de antecipação da execução penal. Assim, em sua visão, só é possível o recolhimento ao cárcere antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado através das prisões cautelares e desde que de forma excepcional e fundamentada. A afronta a tal posicionamento fere os princípios da “presunção de inocência, da dignidade da pessoa humano e da proporcionalidade” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1200 e 1201).

Na parte conclusiva de seu voto, o ministro passa a expor sobre a possibilidade de revisão da jurisprudência e sobre uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões. Assim, não adentraremos nos outros pontos, pois de acordo com o parágrafo acima exposto o ministro já conclui seu pensamento sobre o tema do julgamento.

3.2.7 – Voto do Ministro Menezes Direito

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Menezes Direito, fez um relatório dos atos praticados até aquele momento. Em seguida começou a expor os argumentos que o levariam a conclusão diversa do Ministro Relator Eros Grau.

Assim, diz ele, que na história do STF sempre foi pacífico o entendimento de que recursos com o caráter excepcional não obstavam o cumprimento da sentença, mas que tal fato estava sendo alvo de posições divergentes nos últimos anos. No entanto ele não via motivos suficientes para modificar seu pensamento (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1101). E expõe:

Não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe. A norma “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados. Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1101) (grifos do autor).

Desta forma, para o Ministro Menezes Direito, o princípio da presunção de inocência não tem o condão de modificar esse caráter extraordinário e especial dos recursos. E se tal fato ocorresse, ocasionaria a vinculação dos julgamentos nas instâncias ordinárias ao das instâncias extraordinária e especial, vez que bastaria a interposição de tais recursos para inviabilizar o cumprimento da sentença condenatória. E pondera que o seu posicionamento não afasta a ampla defesa, vez que no processo penal tem-se amplos meios para se conseguir a suspensão da execução da pena, sem que se altere a natureza característica desses recursos. Assim o direito do cidadão não estaria sendo violado (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1101-1102).

E prossegue, dizendo que a ordem de prisão contida na sentença é a mais fundamentada, pois supõe uma dilação probatória bem analisada. Assim, como admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado para assegurar o resultado do processo, e em contrapartida não admitir a prisão da sentença. Quer dizer, é possível a prisão com um juízo

sumário – cautelar - e não seria possível prender depois de um juízo exaustivo, exauriente (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1102).

Depois de avaliar precedentes no mesmo sentido acima exposto, da lavra do Ministro Celso de Mello e do pleno do STF na década de 90, o Ministro Menezes Direito faz citação importante sobre os princípios, assim necessário transcrevê-las:

Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a ideia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. Pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência. Lembre-se que, segundo Robert Alexy (Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Pág. 105 a 107), os princípios nos dão critérios para tomar uma posição diante de situações concretas indeterminadas. Ocorre que se essas situações são as mesmas, a posição tomada não pode ser variável. Nessa discussão, não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas não deixariam de constituir a sua violação (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1103).

Assim, chega à conclusão, o Ministro Menezes Direito, de que se é possível à prisão em um juízo cautelar, também o é em um juízo na sentença condenatória, mais profundo. E não se poderia obstar tal fato com base no princípio da presunção de inocência. E coloca em voga, aqui, o argumento de justiça social, tendo em vista que se fosse obstado o cumprimento da pena pela simples interposição dos recursos extraordinários e especial, haveria a sensação de impunidade. E, ainda, cita que tal possibilidade é prevista em ordenamentos nominados como liberais, como exemplo, Estados Unidos, Canadá, França. Conclui, expondo estudos sobre a execução antecipada da pena, denegando a ordem (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1104-1106).

3.2.8 – Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Na sequência, analisar-se-á o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que já no início afirma que seu posicionamento é o da corrente até então seguida pela corte, no sentido de ser possível a execução antecipada da pena desde que esgotadas as instâncias ordinárias (1º e 2º grau). Na mesma linha de pensamento o ministro ressalta que deve ser respeitado o juízo

estabelecido pelos juízes de primeiro grau e de segundo, sob pena de se desprestigiar o trabalho realizado até esse momento. Do contrário, afirma, melhor seria então que todos os casos fossem julgados pela suprema corte, pois só com decisão definitiva desta que se poderia executar uma pena no Direito brasileiro (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1142).

Traz como primeiro fundamento para seu voto a questão da impunidade. Em sua visão, o acúmulo de processos, sobretudo na suprema corte, somado a tentativa de vários patronos em buscar incessantemente a prescrição da pretensão executória estatal, resultaria em nunca se chegar ao cumprimento da pena. O que por obvio acarretaria o descrédito na função jurisdicional estatal e no trabalho desempenhado por seus agentes (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1143).

Alerta o Ministro, que não se trata de tornar inoperante o princípio da presunção de inocência. Mas, sim, de reafirmar seu caráter relativo. Pois a corte sempre o utilizou dessa forma para fundamentar e possibilitar as prisões preventivas e temporárias. Então com maior razão deve ser estendida a relativização a um fato que foi exaustivamente analisado em duas instâncias (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1143).

Avançando em seu voto o ministro Joaquim Barbosa demonstra sua preocupação com a utilidade do processo. Assim, cita que se caracterizado como inútil o processo perderá a legitimidade até então creditada socialmente a ele. Além do que ressalta a legalidade estrita de os recursos extraordinário e especial não terem efeito suspensivo. Desta forma não haveria uma violação ao princípio em tela. E concluindo este ponto, que instaura a impossibilidade de execução da pena com o esgotamento das vias ordinárias, estaria em verdade inaugurando-se um terceiro grau de jurisdição. Coisa que não é garantido em nenhum documento normativo (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1144).

Lança mão ainda o Ministro, da reforma produzida pela Emenda Constitucional nº 45²¹⁵, em que condicionou o exame meritocrático do recurso extraordinário à estrita demonstração de repercussão geral do caso. Isso demonstraria que a antecipação da execução da pena seria compatível com o nosso sistema jurídico. Ademais, a racionalização das hipóteses de admissibilidade recursais estaria colaborando para se alcançar a razoável duração do processo (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1144 e 1145).

²¹⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 26/09/2012.

Pelas razões até aqui expostas, o Ministro Joaquim Barbosa finalizando seu voto, diz não haver motivo para a criação em sede jurisprudencial, através da interpretação, de uma nova apelação de recursos excepcionais com base no princípio da presunção de inocência (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1147). E estabelece:

A regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, que constitui o devido processo legal. Excepcionalmente, poderiam os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal apreciar pedido de *habeas corpus*²¹⁶, no sentido de suspender a execução da pena privativa de liberdade caso tenha ocorrido erro grave ou nulidade insanável no julgamento de primeiro ou segundo graus, demonstrados de plano (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1148).

3.2.9 – Voto da Ministra Ellen Gracie

Ao iniciar a sua exposição, a Ministra Ellen Gracie diz estar muito preocupada com o caminho que o julgamento está tomando. Entende a Ministra, que em relação ao caso concreto, esse julgamento já ultrapassou, e muito, este caso. Ressalta, ainda, que ao modificar a jurisprudência já assentada há décadas, o tribunal estaria decretando “a falibilidade humana e a falibilidade deste tribunal”, sobre um assunto tão importante que é a liberdade humana. Portanto, que estariam dizendo que seus antecessores estavam enganados, há duas décadas, em relação a esse tema (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1167).

Após resumir a situação do julgamento e suas consequências, a Ministra pede licença para ler um voto que já havia preparado em relação a este tema (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1169).

A problemática discutida nesse *habeas corpus*²¹⁷ está em: se pode ser oposto a um indivíduo, que teve sua condenação mantida no segundo grau, a expedição do mandado de prisão. Ou seja, a questão está na possibilidade de “imposição da prisão em decorrência da condenação ainda não transitada em julgado” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1169).

²¹⁶ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

²¹⁷ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

Nesse passo, a Ministra discorre sobre o Princípio Constitucional da Presunção de Não-Culpabilidade, contido no art. 5º, LVII, da CF²¹⁸:

Dou a presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores – é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1169).

Para a Ministra o fato de existir uma sentença penal condenatória confirmada, mesmo não sendo definitiva por haver ainda possibilidade de recurso, atinge tal presunção, pois, essa presunção é, simplesmente, “uma predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas”. Sendo assim, um juízo formado após o devido contraditório e ampla defesa tem o poder de substituir essa presunção, mesmo que a sentença ainda seja sujeita a revisão (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1169).

No sentir da Ministra Ellen Gracie, o exercício da teoria da presunção de inocência “há de corresponder a um compromisso entre o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz)” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1170).

Indaga a Ministra, se o efeito da utilização do princípio da presunção de inocência não seria o de inutilizar a persecução criminal, desprestigiar as sentenças sustentadas pelo tribunal, e mais, se não estaria deixando os cidadãos de bem abandonados, e com sensação de impunidade, perante as ações criminosas (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1171).

A Ministra entende ser essencial que o acusado seja considerado inocente durante a persecução criminal, e que é nesse ponto que deve preponderar a incidência do princípio da não-culpabilidade, na matéria jurídica da prova. E que é dever do Ministério Público constituir a prova de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessa situação é que, segundo a Ministra, “o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura” (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1171).

²¹⁸ CF, art. 5º, LVII, *op. cit.*, p.11

Explicando seu entendimento de que não há o que rediscutir sobre questões de fato ligadas ao caso concreto, quando há corroboração do tribunal, a ministra afirma que (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1171):

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E a sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

Conforme a Ministra, não se deve assegurar que o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal²¹⁹, exige para dar continuação à sentença condenatória, o esgotamento de toda sua longa série de recursos. E segue afirmando que o inciso LVII do art. 5º deve ser estudado em simetria com o que reza os incisos LIV²²⁰ e LXVI²²¹, do mesmo artigo, incisos estes que permitem a “privação da liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança” (STF, HC 84.078, 2009, fls. 1171 e 1172).

Ressalta ainda, que com essa violência que reina no Brasil e esse sentimento de impunidade, vivido pela sociedade brasileira, causado pela lentidão da justiça, é aconselhável uma interpretação distinta da que o Supremo decidiu no julgamento do HC 72.366²²² (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1172).

A corroborar com o entendimento da Ministra Ellen Gracie, ela lembra os dizeres do Ministro Francisco Rezek, na análise do HC 71.026²²³ (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1172):

“Há países onde se pode conviver, sem consequência desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.”

²¹⁹ CF, art. 5º, LVII, *op. cit.*, p.11

²²⁰ CF, Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²²¹ CF, Art. 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

²²² HC 72.366/1999, *op. cit.*, p.99

²²³ HC 71.026: EMENTA: HABEAS CORPUS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARTIGO 594 DO CPP: CONSTITUCIONALIDADE. A exigência de que o réu condenado em primeiro grau se recolha à prisão para apelar não fere a Constituição. É compatível com a Carta da República o artigo 594 do Código de Processo. Precedentes do STF. Ordem denegada.

Em um segundo momento, a Ministra reflete sobre o princípio da presunção de não-culpabilidade e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Alega que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos “não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade²²⁴” (GRACIE apud MOREIRA ALVES, HC 84.078, 2009, fl. 1173).

Porém, o Pacto de San José da Costa Rica, assegura o direito de recorrer *tout court*²²⁵, e acredita a Ministra, que com certeza seus redatores não imaginavam a “superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos²²⁶” (GRACIE apud REZEK, HC 84.078, 2009, fl. 1173).

Remetendo-se ao art. 25, §1, da Convenção²²⁷, a Ministra afirma que o termo recurso, no contexto desse artigo, não significa apelação ou acesso a outros graus de jurisdição, e sim uma possibilidade ou maneira de conseguir remédio imediato contra prisão ilegal. E que essa garantia da Convenção está inserida no teor do inciso LXII do art. 5º da CF²²⁸. Sendo que é a mais extensa proteção pela Constituição, pois impõe a própria autoridade a submeter a prisão ao controle do juiz competente. (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1174).

O último ponto tratado pela Ministra é o princípio da proporcionalidade, evoca que este princípio é uma via de mão dupla, pois de um lado veda o excesso, de outro, veda a insuficiência. Em seu sentir, a Ministra, não vê nenhum excesso no caso do legislador tornar eficaz uma sentença condenatória mantida pelo tribunal (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1175).

Para a Ministra Ellen Gracie (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1175):

²²⁴ (HC 73.151, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996) – “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas”. (artigo 7º, nº2)

²²⁵ *tout court* - Loc. sem mais nada; simplesmente ETIM fr. *tout court* 'tal qual, sem nada a acrescentar. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/tout%20court/2350/>. Acesso em: 26/09/2012.

²²⁶ (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366).

²²⁷ **Art. 25, §1, da Convenção Americana de Direitos Humanos** - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Disponível em: http://www.dji.com.br/decretos/1992-000678/000678-1992_anexo_003_a_025.htm#Art. 25. Acesso em: 29/09/2012.

²²⁸ **Art. 5º, LXII, CF** – “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”

Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312²²⁹), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.

Destaca que, antes da condenação ser mantida pelo terceiro grau de jurisdição, trata-se de prisão provisória, portanto o condenado não ingressa no regime prisional, espera em presídio próprio, só após uma condenação definitiva inicia-se o cumprimento da pena no regime prisional. Sendo assim, não se trata de antecipação da pena e sim de prisão provisória. (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1175).

Concluindo seu voto, diante do que foi alegado, a Ministra Ellen Gracie denega a ordem de *habeas corpus*²³⁰ (STF, HC 84.078, 2009, fl. 1176).

²²⁹ **CPP, Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. **Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

²³⁰ *Habeas corpus*, op. cit., p.12

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação objetivou analisar o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade na jurisprudência constitucional penal do Supremo Tribunal Federal.

Dentro dessa proposta, observou-se no primeiro capítulo as questões introdutórias ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Já no segundo capítulo analisou-se como o direito é criado, interpretado, e aplicado de acordo com os argumentos dos autores: Eros Roberto Grau; Chaim Perelman; Carlos Maximiliano; Virgílio Afonso da Silva e Hans Kelsen. Nesta esteira, seria arriscado afirmar categoricamente que tais autores seriam suficientes, ou que eles seriam autores insuficientes para a análise proposta nesta dissertação. Acredita-se, pelo trabalho desenvolvido aqui, que eles sejam autores necessários para esse tipo de análise.

Assim, a construção do primeiro capítulo foi realizada através da análise do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade penal no magistério doutrinário e em aspectos jurisprudenciais. Desta forma, a metodologia empregada foi a compilativa e de pesquisa, ressaltando que buscou-se centralizar o debate sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, evitando-se entrar no mérito de outros princípios que tenham relação com ele, sem nos esquecermos dos julgados que corroboravam o que ali era exposto.

Uma primeira constatação realizada foi sobre a aplicabilidade restrita a esfera penal e que o princípio em tela é um mecanismo controlador da possibilidade de restrição da liberdade dos indivíduos. Num segundo momento, é importante ressaltar que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade tem que ser observado desde a elaboração legislativa, passando pelo início da persecução penal, ou seja, pela fase de investigação ou preliminar, até o final do processo – até o trânsito em julgado -, e principalmente quando, em qualquer momento, puder ser decretada uma prisão.

Na sequência vislumbrou-se que o estabelecimento do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade não fere a constitucionalidade das prisões provisórias ou cautelares. Nesses moldes foi elaborada a Lei 12.403/2011²³¹ que trouxe nova forma de regulação das prisões cautelares, das medidas cautelares diversas das prisões provisórias, da

²³¹ BRASIL. **LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 26/09/2012.

liberdade provisória e da fiança. Ressalte-se que ficou claro na elaboração dessa lei o respeito ao postulado em estudo e a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Também no campo probatório o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade demonstrou sua força. Pois, apesar de ser uma presunção relativa, o postulado exige um mínimo necessário de provas para que seja afastado. Além de reforçar as seguintes garantias: a) de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si; b) a do indiciado ou acusado ser ouvido; c) a de que na dúvida se julgará em favor do réu, sem se confundir com essa garantia; e d) a de que cabe ao órgão acusador provar o que está alegando e não ao réu provar que é inocente.

Finalizando o primeiro capítulo, constatou-se que se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podemos chegar a uma conclusão lógica de que deverá ser preservada a imagem daquelas pessoas envolvidas em uma investigação. Não obstante tal constatação, a realidade brasileira é marcada pela exposição desregrada da figura das pessoas envolvidas ou sob suspeita de envolvimento na prática de um crime.

Já no segundo capítulo, a ideia central desenvolvida por Eros Roberto Grau, em seu livro *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, seria de uma hermenêutica jurídica que não pode ser dissociada de sua aplicação, sugestivamente identificada no próprio nome do livro. Ademais, acrescenta que é através da interpretação do direito que se consegue concretizá-lo, notadamente, sendo o juiz o intérprete autêntico responsável por exarar o que ele chama de norma decisão. Assim, a atividade exegética é constitutiva, levando, sempre, em consideração os textos normativos e a realidade.

Já Perelman, em seu livro *Lógica Jurídica*, apresenta como ideia central, uma crítica à expressão lógica jurídica, pois em seu entendimento há apenas uma lógica formal, inexistindo uma lógica específica para cada campo de atuação. O autor apresenta uma obra que tem por objetivo fazer reflexões sobre a lógica jurídica, analisando o papel do juiz no exercício da jurisdição, no momento em que realiza a interpretação e aplicação da norma.

Na sequência, Carlos Maximiliano em seu livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito* apresenta uma ideia de interpretação do direito, em que, primeiramente, analisa-se o texto para verificar sua constitucionalidade, em segundo, passa-se à interpretação do texto para descobrir seu sentido e alcance. Após, procura-se suprir eventuais lacunas com o auxílio da

analogia e dos princípios gerais do Direito. Por fim, verifica-se se ocorreu eventual ab-rogação, ou derrogação de preceitos. Para tanto, o intérprete tem que se valer de métodos interpretativos, de todos eles, para garantir esse mister. A finalidade de tal atividade exegética é extrair um resultado interpretativo que não se afaste da letra expressa da lei, mas que conduza a uma razoável solução ao caso concreto.

Continuando, vislumbramos que Virgílio Afonso da Silva, em seu Livro *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, traz uma ideia de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial que deve ser respeitado pelo legislador, mas tais direitos são passíveis de restrições, desde que de forma fundamentada. Isso, segundo o autor, não ocasiona um grau menor de proteção, ao contrário, engrandece as formas protetivas, pois toda atuação que restrinja esses direitos deve ser clarificada pela fundamentação do legislador ou juiz. Quanto à eficácia o autor esclarece que todas as normas de direito fundamental são de eficácia limitada, reafirmando a possibilidade de serem regulamentadas.

Finalizando a análise do segundo capítulo, analisamos o capítulo oitavo da obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. Assim vislumbramos a criação, interpretação e aplicação do direito na visão Kelseniana. Desta forma, identificamos que o autor nos mostra a exegese como um processo que acompanha a aplicação do direito, ficando o intérprete responsável pela construção da norma. Isso só pode ser feito dentro dos limites da moldura estabelecida pelo texto. Desta forma dentre as várias possibilidades interpretativas se escolherá aquela que mais se adeque ao caso.

Para construção do terceiro e último capítulo foram analisados dois casos determinantes dos contornos de interpretação e aplicação do princípio, a saber: a) Os julgados que originaram a edição da súmula vinculante n.º 11²³², que regulamenta o uso de algemas; e b) O *habeas corpus*²³³ 84.078²³⁴ que analisou pela via indireta a inconstitucionalidade da chamada execução provisória da pena, declarando a inconstitucionalidade do artigo 637²³⁵, do Código de Processo Penal.

²³² **Súmula Vinculante nº 11**, *op. cit.*, p.11

²³³ *Habeas corpus*, *op. cit.*, p.12

²³⁴ **HC 84.078**, *op. cit.*, p.73

²³⁵ **CPP, Art. 637**. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Assim, no primeiro momento deste terceiro capítulo foram analisados os julgados que originaram a súmula vinculante n.º 11²³⁶, que regulou o uso de algemas, ressaltando a pertinência desse tema com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade em análise.

Quanto ao emprego de algemas se o indivíduo não apresentar obstáculos ao cumprimento de ordem de prisão, algemá-lo seria uma forma de expô-lo a constrangimento desnecessário e infundado. Bem como, sua exposição algemado para submetê-lo ao público seria uma forma de antecipar o juízo de culpa sobre ele, ferindo a garantia principiológica da presunção de inocência.

A utilização desregrada das algemas seria uma forma de se punir alguém sem lei, sem processo e sem pena. Assim, só podem ser utilizadas as algemas de forma excepcional e nunca com um caráter de humilhação ou degenerativo do indivíduo.

A exposição de qualquer pessoa algemada traz a carga de culpa fixada nela, mesmo que inocente seja. As imagens cotidianamente apresentadas pela mídia são exemplos claros disso. Outro exemplo relevante é o tribunal do júri. Diante do júri as algemas projetam no acusado um juízo de periculosidade que altera a convicção dos jurados, induzindo-os a uma análise negativa do réu.

Por estas considerações é que se decidiu editar a súmula vinculante de n.º 11²³⁷. Tal súmula estabeleceu as hipóteses em que seria permitido o uso das algemas, a saber, só é lícito o uso de algemas: a) em caso de resistência; b) em caso de fundado receio de fuga; ou c) em caso de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. E ainda estabelece que para a implementação da medida deve ser realizado uma justificativa escrita, sob pena de responsabilização.

Na conclusão dos debates ficou assentada claramente a ideia de que o fundamento para a criação da súmula vinculante n.º 11²³⁸ é obtido através do respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da preservação da imagem, da preservação da integridade física e principalmente, do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

²³⁶ **Súmula Vinculante n.º 11**, *op. cit.*, p.11

²³⁷ *Ibidem*, p.11

²³⁸ **Súmula Vinculante n.º 11**, *op. cit.*, p.11

O segundo caso que foi analisado visava afastar a chamada execução provisória da pena, que vem predisposta no artigo 637, CPP²³⁹.

Lembrando que a jurisprudência dos tribunais como um todo, até aquele momento, era de cumprimento da sentença, quando houvesse pendência apenas de recurso sem efeito suspensivo. Prevaleceu o entendimento da impossibilidade da antecipação da execução penal por afrontar o princípio em análise.

Desta forma, aqueles que denegaram concluíram que a presunção de inocência não afastaria a hipótese de antecipação de cumprimento da pena, tendo em vista que o réu já estaria condenado em 2º grau. Ademais, ressaltou-se que pela grande quantidade de recursos corria-se o risco de não cumprir jamais qualquer sanção, violando, assim, o ideal de justiça social, ocasionando uma sensação de impunidade.

Já para aqueles favoráveis a concessão da ordem, os argumentos foram de que a corte reiteradamente decidiu que não era possível executar provisoriamente penas restritivas de direito (menos graves) antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com maior razão – por critérios lógicos –, não seria possível executar antecipadamente penas privativas de liberdade (mais graves) antes do trânsito em julgado.

Nessa esteira, o julgamento se findou com a concessão da ordem por 6 (seis) votos contra 4 (quatro) contrários. Assim, passou a ser proibida a antecipação da execução penal por ferir a presunção de inocência ou não culpabilidade.

Assim a dissertação descansou sua importância no fato de trazer um estudo de alguns julgados sobre o tema que marcaram a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir da constitucionalização do referido princípio na Constituição de 1988. Analisando, para tanto, os argumentos e fundamentos expostos pelos Ministros visando demonstrar, dentro de uma ideia exegética, como estes julgadores utilizam a linguagem jurídica para expressar suas convicções, e ainda à lógica que é empregada para concluir suas exposições.

A finalidade foi verificar se tais exposições são coerentes dentro de um pressuposto de criação, interpretação e aplicação do direito e dentro de um pressuposto de lógica formal e lógica jurídica.

²³⁹ CPP, art. 637, *op. cit.*, p.113

5 – REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Lei nº 869 de 05 de julho de 1952.** Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-in.html?tipo=LEI&num=869&comp=&ano=1952&texto=original>. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 2.364 de 13 de janeiro de 1961.** Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=2364&comp=&ano=1961>. Acesso em: 26/09/2012.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência:** apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 13ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5, de outubro de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15/05/2012.

_____. **Decreto-Lei 88 de 20 de dezembro de 1937.** Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=76490&norma=103218>. Acesso em: 26/09/12.

_____. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, art. 594 (revogado).** Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp593a606.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.dji.com.br/decretos_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm#Art.%205o. Acesso em: 25/09/2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei n. 2.364 de 13 de janeiro de 1961.** Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=2364&comp=&ano=1961>. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 26/09/2012.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em:
 26/09/2012.

_____. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm. Acesso em:
 26/09/2012.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em:
 26/09/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 267**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=231. Acesso em: 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 - Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342> Acesso em: 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 - Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411> Acesso em: 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.578 - Acre**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144-7 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>. Acesso em: 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3112-DF**. Relator Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. TRIBUNAL PLENO, julgado em 01.05.2007. D.J. 25.10.07.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ata de debates de aprovação da súmula vinculante n.º 11**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em: 26/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 69.263/1992-SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. SEGUNDA TURMA, julgado em 06.04.1992. D.J. 09.10.92.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 69.293/1992-SP**. Relator Ministro José Francisco Rezek. SEGUNDA TURMA, julgado em 25.08.1992. D.J. 18.09.92.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 69.559/1992-SP**. Relator Ministro Luiz Octávio Pires e Albuquerque Gallotti. PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.09.1992. D.J. 30.10.92.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 69.667/1993-RJ**. Relator Ministro José Carlos Moreira Alves. PRIMEIRA TURMA, julgado em 30.11.1992. D.J. 26.02.93.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 69.696/1993-SP**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. TRIBUNAL PLENO, julgado em 18.12.1992. D.J. 01.10.93.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 69.964/1993-RJ**. Relator Ministro Ilmar Nascimento Galvão. TRIBUNAL PLENO, julgado em 18.12.1992. D.J. 01.07.93.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 70.634/1993-PE**. Relator Ministro José Francisco Rezek. PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.11.1993. D.J. 24.06.94.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.026/1997-SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. SEGUNDA TURMA, julgado em 19.04.1994. D.J. 25.04.97.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.053/1994-SP**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. SEGUNDA TURMA, julgado em 21.02.1994. D.J. 10.06.94.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.169/2007-SP**. Relator Ministro José Carlos Moreira Alves. PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.04.1994. D.J. 16.09.94.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.195/1994-SP**. Relator Ministro José Francisco Rezek. SEGUNDA TURMA, julgado em 24.10.1994. D.J. 04.08.95.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.195**. São Paulo. Impetrante: Adalton Pereira Novaes. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Francisco Rezek. Acórdão em 25/10/1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em 12/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 71.889/1994-SP**. Relator Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. SEGUNDA TURMA, julgado em 29.11.1994. D.J. 24.02.95.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 72.366/1999-SP**. Relator Ministro José Néri da Silveira. TRIBUNAL PLENO, julgado em 12.09.1995. D.J. 26.11.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 72.603/1995-PA**. Relator Ministro Carlos Mario da Silva Velloso. SEGUNDA TURMA, julgado em 15.09.1995. D.J. 24.11.95.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 73.151/1996-RJ**. Relator Ministro José Carlos Moreira Alves. PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.12.1995. D.J. 19.04.96.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 73.338/1996-RJ**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.08.1996. D.J. 19.12.96.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 75.583/1997-RN**. Relator Ministro José Carlos Moreira Alves. PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.09.1997. D.J. 10.10.97.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 80.412/2000-SP**. Relator Ministro Nelson Azevedo Jobim. SEGUNDA TURMA, julgado em 02.10.2000. D.J. 17.08.01.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 80.719/2001-SP**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. SEGUNDA TURMA, julgado em 26.06.2001. D.J. 28.09.01.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.078/2010-MG**. Relator Ministro Eros Roberto Grau. TRIBUNAL PLENO, julgado em 05.02.2009. D.J. 25.02.10.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.078**. Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 20/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.587/2004-SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.10.2004. D.J. 19.11.04.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.677/2004-RS**. Relator Ministro Eros Roberto Grau. PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.11.2004. D.J. 08.04.05.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.741/2005-RS**. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2004. D.J. 18.02.05.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 84.859/2004-RS**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. SEGUNDA TURMA, julgado em 13.12.2004. D.J. 13.05.05.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 85.289/2005-SP**. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.02.2005. D.J. 11.03.05.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 85.455/2005-MT**. Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.2005. D.J. 17.06.05.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 86.186/2007-GO**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. SEGUNDA TURMA, julgado em 14.05.2007. D.J. 16.08.07.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 86.498/2006-PR**. Relator Ministro Eros Roberto Grau. SEGUNDA TURMA, julgado em 17.04.2006. D.J. 19.05.06.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 87.717/2007-RJ**. Relator Ministro Antonio Cezar Peluso. SEGUNDA TURMA, julgado em 02.04.2007. D.J. 06.06.07.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 88.413/2006-MG**. Relator Ministro Antonio Cezar Peluso. PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.05.2006. D.J. 09.06.06.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 88.741/2006-PR**. Relator Ministro Eros Roberto Grau. SEGUNDA TURMA, julgado em 23.05.2006. D.J. 04.08.06.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 89.429/2006-RO**. Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.08.2006. D.J. 02.02.07.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 89.429**. Rondônia. Impetrantes: Edílson de Sousa Silva e Hélio Máximo Pereira. Coatores: Relatora do Inquérito n.º 529 do Superior Tribunal de Justiça e Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão em 22/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em 22/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 89.974/2008-DF**. Relator Ministro Antonio Cezar Peluso. SEGUNDA TURMA, julgado em 18.11.2008. D.J. 05.12.08.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 91.952/2008-SP**. Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07.08.2008. D.J. 18.12.08.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 91.952**. São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em 19/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 96.095/2009-RS**. Relator Ministro José Celso de Mello Filho. SEGUNDA TURMA, julgado em 03.02.2009. D.J. 13.03.09.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 101.909/2012-MG**. Relator Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. SEGUNDA TURMA, julgado em 28.02.2012. D.J. 18.06.12.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso Extraordinário* n.º 482.006/2007-MG**. Relator Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. TRIBUNAL PLENO, julgado em 06.11.2007. D.J. 13.12.07.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Recurso em Habeas Corpus* 56.465/1978-SP**. Relator Ministro João Baptista Cordeiro Guerra. SEGUNDA TURMA, julgado em 05.09.1978. D.J. 06.10.78.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 11**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em 17/05/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARLOS BRITTO (Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 89.429 Rondônia. Impetrantes: Edílson de Sousa Silva e Hélio Máximo Pereira. Coatores: Relatora do Inquérito n.º 529 do Superior Tribunal de Justiça e Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão em 22/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em: 22/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

CÁRMEN LÚCIA (Cármen Lúcia Antunes Rocha). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 89.429 Rondônia. Impetrantes: Edílson de Sousa Silva e Hélio Máximo Pereira. Coatores: Relatora do Inquérito n.º 529 do Superior Tribunal de Justiça e Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão em 22/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em: 22/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed., 3ª tiragem. Campinas: Russell Editores, 2008.

CELSE DE MELLO (José Celso de Mello Filho). Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 20/05/2012.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

CÉZAR PELUSO (Antonio Cezar Peluso). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Modalidades de prisão processual e seu tempo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUCLERC, Elmir. **Curso básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005. v.1.

ELLEN GRACIE (Ellen Gracie Northfleet). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoria del Garantismo Penal. 4ª ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez *et tal.* Madrid: Trotta, 2000.

FRANCISCO REZEK (José Francisco Rezek). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 71.195 São Paulo. Impetrante: Adalton Pereira Novaes. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Francisco Rezek. Acórdão em 25/10/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>. Acesso em: 12/05/2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

GILMAR MENDES (Gilmar Ferreira Mendes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em

07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal:** comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.4.

_____. **Estudos de Direito e Processo Penal.** São Paulo: RT, 1998.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal:** Parte Geral. 28ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

JOAQUIM BARBOSA (Joaquim Benedito Barbosa Gomes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 8ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2011. v.1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCO AURÉLIO (Marco Aurélio Mendes de Faria Mello). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MENEZES DIREITO (Carlos Alberto Menezes Direito). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

_____. Voto. In: BRASIL. *Habeas Corpus* n.º 84.078 Minas Gerais. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Eros Grau. Acórdão em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 20/05/2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. – 7ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2006 – (Coleção temas jurídicos; 3).

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 24^a ed. atual. por Adalberto José . Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 2^a ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

RICARDO LEWANDOWSKI (Enrique Ricardo Lewandowski). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 91.952 São Paulo. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Acórdão em 07/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 19/05/2012.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal**. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2007.

SEPÚLVEDA PERTENCE (José Paulo Sepúlveda Pertence). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 89.429 Rondônia. Impetrantes: Edílson de Sousa Silva e Hélio Máximo Pereira. Coatores: Relatora do Inquérito n.º 529 do Superior Tribunal de Justiça e Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão em 22/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em 22/05/2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2^a ed., 2^a tiragem. São Paulo, SP: Malheiros Editores LTDA, 2011.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.